Die
Teilbarkeit der Leistungen

nach gemeinem Rechte und BGB.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Landes-Universität Rostock

vorgelegt

von

Waldemar Botsch

Referendar in Hamburg.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

ROSTOCK
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1903

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Inhalt.

Erster Teil.

Begriff der Teilung und Teilbarkeit im juristischen Sinne.

I. Abschnitt.

Das Wesen der juristischen Teilung und Teilbarkeit im Allgemeinen.

§ 1. Die narürliche und reelle Teilung . . . . S. 9—13.
§ 2. Die Quotenteilung . . . . . S. 13—16.
§ 3. Die Teilung „in partes pro indiviso," ihre Anwendung und die über sie bestehenden Theorien . . . . . S. 16—29.

II. Abschnitt.

Die Anwendung der Quotenverteilung auf Leistungen im Allgemeinen.

§ 4. Das Wesen der Teilbarkeit der Leistungen . S. 29—31.
§ 5. Die Stellung des BGB. zur Teilbarkeit der Leistungen . . . . . S. 31—32.

Zweiter Teil.

Teilbarkeit der einzelnen Leistungen.

A. Die positiven Leistungen.

§ 6. Vorbemerkung . . . . . S. 33.

I. Abschnitt.

Teilbarkeit der Leistungen, die auf Bestellung, Aufhebung oder Veränderung eines dinglichen Rechtes gerichtet sind.

I. Kapitel.

Die Teilbarkeit der dinglichen Rechte als Voraussetzung der Teilbarkeit der einschlägigen Leistungen.

§ 7. Teilbarkeit des Eigentums, der Superficies und Emphyteuse . . . . . S. 34—35.

§ 8. Teilbarkeit des Besitzes . . . . . S. 36–41.
§ 9. Teilbarkeit des Pfandrechtes . . . . . S. 41—42
§ 10. Teilbarkeit der Servituten . . . . . S. 42—51.
§ 11. Teilbarkeit der übrigen dinglichen Rechte . S. 51.

II. Kapitel.

Teilbarkeit der auf Bestellung, Veränderung oder Aufhebung eines dinglichen Rechtes gerichteten Leistungen.

§ 12. Die auf Eigentumsübertragung gerichteten Leistungen . . . . . S. 52—55
§ 13 Die auf Bestellung eines Erbbaurechts gerichteten Leistungen . . . . . S. 56–57.
§ 14. Die auf Besitzübertragung gerichteten Leistungen im gemeinen Recht . . . . . S. 57–58.
§ 15. Die Teilbarkeit der Besitzübertragung im BGB. im Verhältnis zu § 432, Abs. I., Satz 2 . S. 58—64
§ 16. Die auf Bestellung, Veränderung oder Aufhebung eines Pfandrechtes gerichteten Leistungen . . . . . S. 64–66
§ 17. Die auf Bestellung, Veränderung oder Aufhebung von Dienstbarkeiten und Reallasten gerichteten Leistungen . . . . S. 66 - 69.

II. Abschnitt.

§ 18. Teilbarkeit der Leistungen, die auf Bestellung, Veränderung oder Aufhebung eines obligatorischen Rechtes gerichtet sind . . S 69.

III. Abschnitt.

§ 19. Teilbarkeit der auf eine physische Handlung gerichteten Leistungen . . . . . S. 69—76.
§ 20. B. Die negativen Leistungen. S. 76–82.

Anhang.

§ 21. Die sogenannte Teilbarkeit der bedingten Leistungen . . . . . S. 83 - 87.

Schluss.

§ 22. Die rechtliche Bedeutung des Unterschiedes zwischen teilbaren und unteilbaren Leistungen . . . . . S. 88—91.

Literatur.

A. Für das gemeine Recht.

I. Pandektenlehrbücher.

Windscheid, 7. Aufl. 1891.
Dernburg, 5. Aufl. 1896.
Brinz, 2. Aufl. 1857.
Baron, 9. Aufl. 1896.
Sintenis, 2. Aufl. 1861.
v. Vangerow, 7. Aufl. 1869.
Arndts, 8. Aufl. 1874.
Thibaut, System des Pandekten-Rechtes, 9. Auflage von Buchholz.
Böcking, Pandekten des römischen Privatrechts. 2. Aufl. 1853.
Kierulff, Civilrecht. Altona 1839.
Wendt, Jena 1888.
Regelsberger, Leipzig 1893.

II. Einzeldarstellungen.

Ubbelohde, Lehre von den unteilbaren Obligationen. Hannover 1862.
v. Wächter, Über Teilung und Teilbarkeit von Sachen und Rechten. Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 27.
Rümelin, Teilung der Rechte. Freiburg 1883.
ders. Zur Lehre von der Teilung der Rechte. In Jherings Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. 28.
Steinlechner, Das Wesen der „iuriscommunio“ und quasi-communio. Innsbruck 1876.
v. Scheurl, Teilbarkeit als Eigenschaft von Rechten. Erlangen 1884.

v. Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechtes. I. Bd.
Kibbentrop, Lehre von den Korrealobligationen. Göttingen 1831.
Lenz, Das Recht des Besitzes und seine Grundlagen. Berlin 1860.
Binder, Korreal-Obligationen im römischen und heutigen Recht. Leipzig 1899.
Hartmann, Die Obligation. Erlangen 1875.

B. Für das BGB.

I. Lehrbücher.

Cosack, 3. Aufl. 1900.
Dernburg, 1. und 2. Aufl. 1899.
Endemann, 8. Aufl.
Crome, I. Aufl., II. Bd. 1902.
Enneccerus und Lehmann, 1900.
Matthiass, Berlin 1899.
Weyl, Vorträge über das BGB. für Praktiker 1898.

II. Kommentare.

Fischer-Henle, 3. Aufl. 1899.
Planck, 1. u. 2. Aufl. 1900.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse 1898.
Heidlen, BGB. 1900.
Kuhlenbeck, I. Bd. 1898.

III. Einzeldarstellungen.

Hruza, Korreal-Obligationen und Verwandtes nach der 2. Lesung eines Entwurfes zum BGB. 1895.
Stammler, Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Studien zum BGB.
Sokolowski, Philosophie im Privatrecht. Sachbegriff und Körper in der klassischen Jurisprudenz und der modernen Gesetzgebung. Halle 1902.
Stolze, Zur Lehre von den unteilbaren Obligationen. Inaugural-Dissertation. Göttingen 1900.
Meyer. Die verschiedene Behandlung der teilbaren und unteibaren Obligationen. Inaugural-Dissertation 1899.

Erster Teil.

Begriff der Tilgung und Teilbarkeit im juristischen Sinne.

I. Abschnitt.

Das Wesen der juristischen Teilung und Teilbarkeit im Allgemeinen.

§ 1.

Bei der Frage nach Teilung und Teilbarkeit der Leistungen tritt uns zunächst eine andere Frage entgegen, nämlich die, was unter Teilung und Teilbarkeit im juristischen Sinne überhaupt zu verstehen ist. Gehen wir von den natürlichen Begriffen aus, so finden wir, dass in der Natur zwei Elemente vorhanden sind, denen in unserer Vorstellung der Charakter der Teilbarkeit anhaftet, es sind dies Raum und Zeit. Als drittes teilbares Element tritt hinzu die Zahl. Diese ist jedoch, wie ich glaube, weniger Grundelement, als vielmehr ein Faktor, den wir uns geschaffen haben, um das uns sinnlich Wahrnehmbare wiedergeben, und die Grössenverhältnisse von Raum und Zeit fixieren zu können. Wollen wir nun die Teilungsbegriffe auf andere Gebiete

1) Vgl. Rümelin a. a. O. S. 10.

übertragen, so halte ich es für nicht ganz korrekt, Raum und Zeit als die teilbaren Grundelemente, die den Ausgangspunkt für andere Gebiete bilden sollen völlig gleichzustellen, wie es Rümelin[1] tut. Denn während wir uns eine räumliche Teilung ohne weiteres denken können, müssen wir, um uns Zeitteile vorstellen zu können, stets räumliche Verhältnisse zur Hilfe nehmen. So können wir uns z. B. eine Stunde nicht vorstellen, o h n e im Gedanken den Kreisweg des Uhrzeigers mitzubeschreiben. Wenn wir daher von Teilung reden, so denken wir zunächst immer an körperliche Teilung, d. h. an die reelle Teilung eines räumlich begrenzten Körpers. Daher soll auch die reelle Teilung den Ausgangspunkt bilden beim Aufsuchen eines juristischen Teilungsprinzips.

An sich lässt sich nun jeder körperliche Gegenstand bis in die kleinsten Atome physisch zerlegen, und zwar bewegliche Körper durch Lösen ihrer Kohärenz, Grundstücke durch Ziehen von Teilungslinien.[2] Diese Teilbarkeit vermag praktische Bedürfnisse jedoch in keiner Weise zu befriedigen. Wenn daher mit Rücksicht hierauf einige Schriftsteller, wie W a r n k ö n i g und B u c h h o l z[3] die Möglichkeit von einer Teilbarkeit und Unteilbarkeit der körperlichen Gegenstände

---

1) a. a. O. S. 10 f.

2) Vgl. Ubbelohde a a. O. S. 4, Anm. 4.

Die Einwendung Pagenstechers, (die röm. Lehre vom Eigentum in ihrer modernen Anwendbarkeit S. 533 § 6), dass Grundstücke physisch unteilbar seien und nur ideeller Weise existieren könnten, ist wesenlos, da von den Grundstücken nur die Oberfläche in Betracht kommt.

3) Vgl. v. Wächter a. a. O. S. 156.

zu reden leugnen, so hält dem v. Wächter[1] mit Recht entgegen, „dass, wenn man in der Jurisprudenz von natürlicher Teilbarkeit und Unteilbarheit einer Sache rede, man dabei stets von dem Gesichtspunkte ausgehen müsste, ob und inwieweit auf dem Gebiete der rechtlichen Ausgleichung und der rechtlichen Natur der Sache nach eine wirkliche Teilung und Teilbarkeit der Sache zuzugeben und anzunehmen sei.“ Dies ist nur dann möglich, wenn die Sache unbeschadet ihres Wesens und Wertes sich in gleichartige Teile zerlegen lässt.[2] In diesem Sinne fassen auch die römischen Quellenstellen die physische Teilung auf, wenn sie von der Teilbarkeit pro diviso der „res corporales“ sprechen, wie aus l 26, § 2, D. 30. de legatis et fideicommissis klar hervorgeht. Denn einmal ist eine „res quae naturaliter indivica est,“ reell nicht teilbar; ferner ist aber auch Gleichartigkeit der Teile Erfordernis. Daher sind nicht etwa caementa oder fenestra Teile eines Gebäudes.[3] Ausser Grundstücken lassen nur sehr wenige bewegliche Sachen Teilung zu, in der Regel nur Rohstoffe, wie z. B. Rohmetalle, äusserst selten Kunstprodukte, beispielsweise Esswaren. Quantitäten von Fungibilien, von denen es in den Quellen heisst „numero fit divisio“ gehören nicht hierher, da nicht die Substanz des einzelnen Fungibile geteilt wird. Einzelne Schriftsteller, so Kierulff[4] u. a. negieren überhaupt die Teilbarkeit von beweglichen Sachen, und zwar gestützt auf

1) Vgl. v. Wächter a. a. O. S. 156.
2) Vgl. Savigny a. a. O. S. 306—309.
3) l. 13,2 Dig. 46,4 und l. 36 Dig. 21,2.
4) Kierulff, Civilrecht S. 325, ebenso Thibaut. Pandekten § 155, Böcking. Pandekten S. 265.

l. 8 Dig. 6, 1. Hier heisst es: „— nunquam enim (scil. res mobilis) pro diviso possideri potest.“ Eine Möglichkeit, die vorher in Bezug auf den „fundus“ bejaht wurde. Dies soll jedoch lediglich bedeuten, dass bei Immobilien eine „compossessio pro diviso“ möglich ist, ohne das Wesen der Grundstücke zu zerstören, was bei Mobilien nicht denkbar ist. Dies liegt jedoch an der Natur der Grundstücke, deren Teilung ebenso leicht wieder rückgängig gemacht werden kann, wie sie entstanden ist. Wir dürfen daher für gewisse Mobilien eine reelle Teilbarkeit ebenso wie für Grundstücke annehmen. Zu bemerken ist noch, dass auch bei letzteren die reelle Teilung sehr relativ ist. Sind die Grundstücke bebaut, sei es mit Gebäuden, sei es mit Bodenerzeugnissen, so wird eine genaue Teilung unmöglich; es würden auch häufig insofern qualitativ ungleiche Teile entstehen, als die „pars“ nicht demselben wirtschaftlichem Zwecke zu dienen im Stande ist, wie das Ganze.

Da jedoch Sachen juristisch nie allein auftreten, sondern stets als Objekt eines Rechtsverhältnisses, so kommt eine reelle Teilung immer erst in zweiter Linie in Betracht, nämlich dann, wenn bei Teilung des Rechtsverhältnisses die reelle Teilung der dem Rechtsverhältnisse im Einzelfalle unterliegenden Sache wirtschaftlich zweckdienlich ist.[1] Daher ist in erster Linie die Frage

1) Positive Bestimmungen über Sachteilungen würden zu einer Menge Einzelvorschriften führen und finden sich daher nur vereinzelt. Das röm.-gemeine Recht bestimmte die reelle Teilung nur in den Fällen des „alveus derelictus“, der „insula in flumine nata“, des „arbor in confinio nata“, wo bei geteiltem Eigentumsrechte aus praktischen Gründen die Real-

nach dem Teilungs- und Teilbarkeits-Prinzip der Rechtsverhältnisse von Bedeutung.

§ 2.

Die Frage, „wie“ Rechtsverhältnisse zu teilen seien, hat im Allgemeinen keine Schwierigkeiten weiter veranlasst. Es gelten hier dieselben Grundgedanken, wie bei der reellen Teilung und zwar aus ganz natürlichen Erwägungen. Wenn die Rechtsordnung ein Teilungsprinzip aufstellen soll, so muss es ihr vor Allem darauf ankommen, alle Teilnehmer möglichst gleichmässig zu befriedigen. Dies ist nur dadurch möglich, dass die einzelnen Teile qualitativ sowohl untereinander, wie in Bezug auf das Ganze völlig gleich sind. Bei der reellen Teilung lässt sich dies nur annähernd durchführen, bei der Teilung der Rechtsverhältnisse, da sie sich auf dem Gebiete der Gedanken abspielt, mathematisch genau. Denkbar wäre, dass bei den dinglichen Rechten, ähnlich wie bei den körperlichen Sachen eine Auflösung in die einzelnen Bestandteile möglich ist, eine Zerlegung in die einzelnen Befugnisse stattfände, wie z. B. beim Eigentum in Niessbrauch, Prädialservituten etc. Gleichartige Teile sind aber hier nicht zu erzielen und besonders da, wo durch Erbgang eine Teilung in ipso jure eintreten soll, ist eine solche Zerlegung undenkbar. Mit Recht finden wir sie daher in den Quellen als nicht

---

teilung eintreten sollte. Dasselbe fand statt bei der Auseinandersetzung im Teilungsverfahren. Ähnlich bestimmt das BGB. in § 752 bei Auflösung der Gemeinschaft Naturalteilung der gemeinsamen Gegenstände, soweit sie ohne Wertminderung in gleichartige Teile zerlegt werden können.

dorthin gehörig abgelehnt.[1] Aus demselben Grunde ist auch die von v. Wächter[2] aufgestellte doppelte Teilungsmöglichkeit der dinglichen Rechte nach Seite ihres Objekts und nach Seite ihrer inneren Bestandteile, worunter v. Wächter gerade die in den Quellen verworfene Zerlegung versteht, zurückzuweisen. Auch Rümelins Ansicht, der für seinen Teilungsbegriff, den er „Grössenbestimmung" durch Teilung nennt, auf die Gleichartigkeit der Teile verzichtet, ist deshalb nicht annehmbar.[3] Als Besonderheit ist zu bemerken die gemeinrechtlich vielfach vertretene Ansicht,[4] dass man von Teilung im juristischen Sinne nur reden könne, wenn die Teile ihren ursprünglichen Zusammenhang nicht verlieren. Dies Erfordernis hatte man, wie wir bereits gesehen haben, auch an die reelle Teilung gestellt und daher nur Grundstücke für teilbar erklärt, weil ihr Zusammenhang ja scheinbar aufrecht erhalten wurde. Für die Aufrechterhaltung des Ganzen bei Teilung der Rechte berief man sich auf einen Ausspruch des Juristen J. Mucius, der sich in der lex 25, 1, Dig. 50, 16 findet: „Id quod pro diviso nostrum est, id non partem sed totum esse." Mucius hat gewiss Recht, von „Teil" kann man logisch nur in Beziehung zum Ganzen reden und im Augenblick, wo die Teilung durchgeführt ist, repräsentiert der Teil bereits ein selbständiges Ganzes und existiert als Teil nur mehr

1) Vgl. l. 13,2 Dig. 46, 4.

2) a. a. O. S. 195 ff.

3) Vgl. Rümelin in Jherings-Jahrbücher für Dogmatik. B. 28 S. 388 ff.

4) Dieser Ansicht ist besonders Warnkönig später Kierulff u. Böcking. Vgl. hierzu Steinlechner a. a. O. S. 10—15.

historisch. Ebenso richtig erwidert ihm darauf Servius, dass nach dem allgemeinen Sprachgebrauch auch die „pars pro diviso“ „pars“ sei. Nun ist es allerdings richtig, dass bei der Teilung in partes pro indiviso die Einheit des Grundobjektes erhalten bleibt, aber wo sollte man in diesem System die Obligationen unterbringen. Dieses Bedenken kam jedoch den Vertretern dieser Ansicht nicht, da sie die Teilung in partes pro indiviso auch auf die obligatorischen Rechte anwandten. Mit der Erkenntnis, dass die Teilung in partes pro indiviso nur für dingliche Rechte zuträfe, hat man das Einheitserfordernis dann in späterer Zeit wieder fallen lassen.[1]

Wir haben also, und das ist das grundlegende Prinzip, unter Teilung im juristischen Sinne eine Quotenteilung zu verstehen, bei der sich die einzelnen Teile nur quantitativ nicht qualitativ vom Ganzen unterscheiden.

Dieses Prinzip findet überall da Anwendung, wo wir in der Jurisprudenz von Teilung und Teilbarkeit reden, auf Sachen sowohl wie auf rechtliche Verhältnisse. Die Teilung von Sachen ist, wie bereits erwähnt, nur da von Wichtigkeit, wo sie bei Teilung des übergeordneten Rechtsverhältnisses nützlich ist. Als Rechtsverhältnisse kommen im engern Sinne nur die dinglichen und obligatorischen Rechte in Betracht. Denn während bei allen höchst persönlichen Rechte, und zu diesen ist auch das Familienrecht zu zählen, teilbare Verhältnisse nicht vorkommen, läuft die Teilung des Erbrechts (im subjektiven Sinne) auch nur auf eine

1) Vgl. Steinlechner a. a. O. I, S. 23.

Teilung der einzelnen dinglichen und obligatorischen Rechte hinaus. Ob ein Rechtsverhältnis teilbar ist, richtet sich nach dem Wesen und Inhalt der einzelnen Rechtsverhältnisse.

§ 3.

Schwieriger ist nun die Frage, wie das Quotenteilungsprinzip auf die im Grunde ganz verschiedenen obligatorischen und dinglichen Rechte anzuwenden ist. Vorliegende Abhandlung beschäftigt sich mit der Teilbarkeit der Leistungen, was sich, wie wir später sehen werden,[1] mit der Teilbarkeit der Obligationen deckt. Da jedoch die meisten Obligationen die Verschaffung, Veränderung oder Aufhebung eines dinglichen Rechtes zum Inhalt haben, und sich solche Obligationen in Bezug auf ihre Teilbarkeit naturgemäss nach den betreffenden dinglichen Rechten richten, so ist auch die Teilbarkeitsfrage der dinglichen Rechte von entscheidender Wichtigkeit für die Obligationen.

Im corpus juris findet sich nun neben der Teilung „pro diviso“[2] eine Teilung „in partes pro indiviso.“ Da von ersterer nur bei den „res corporales“ gesprochen wird, so bezog man vielfach die „divisio in partes pro indiviso“ gleichmässig auf alle „res incor-

1) Vgl. unten S. 37.

2) Entgegen der Ansicht v. Wächter (a. a. O. S. 158) und Steinlechner (a. a. O. S. 12 f.), welche in der Teilung pro diviso nur eine reelle Teilung, bei der trotzdem die Einheit des Objekts bestehen bleibt, — dies ist also nur bei Grundstücken möglich — sehen wollen, bin ich mit Savigny (a. a. O. S. 314) der Ansicht, dass hiermit jede wirkliche durchgeführte Teilung gemeint ist.

porales," also auf dingliche, wie auf obligatorische Rechte.[1] Diese Teilung der Rechte nannte man ideelle Teilung im Gegensatz zur reellen Teilung oder juristische Teilung, weil wir es mit einer juristischen Konstruktion zu tun haben, oder endlich intellektuelle Teilung im Anschluss an l. 5 pr. Dig. 45,3, wo es heisst: „ut intellektu magis partes habeant, quam corpore."

Es ist jedoch sicher Verkennung der Quellen, diese Teilung auch auf obligatorische Rechte anzuwenden. Denn, wenn die römischen Juristen von „pars pro indiviso" reden, so sprechen sie damit aus, dass hier der Gegenstand ungeteilt bleibt, dass in Bezug auf ihn eine „communio" der Mitberechtigten eintritt. Bei der Obligation jedoch ensteht keine „communio" in Bezug auf die zu fordernde Leistung, vielmehr entstehen vollkommen selbständige Teilobligationen. Daher sagen die zwölf Tafeln: „nomina ipso iure sunt divisa," aber nicht „pro indiviso." Nachdem schon Wächter[2] bezüglich der Teilbarkeitsfrage eine Scheidung der dinglichen und obligatorischen Rechte vorgenommen hatte, hat dann Steinlechner[3] aufs Sorgfältigste nachgewiesen, wie unrichtig es sei, die Teilung „in partes pro indiviso" auch auf obligatorische Rechte anzuwenden. Heute ist die Richtigkeit dieser Lehre allgemein anerkannt.[4]

Wir haben bereits gesehen, dass die Teilung in „partes pro indiviso" eine Teilung bedeutet, bei der

1) Dies war die herrschende Meinung. Vgl. Baron a. a. O. S. 73, Arndts a. a. O. S. 61, Kierulff a. a. O. S. 325, Thibaut, Pandekten I. S. 125, Böcking, Pandekten S. 266.

2) a. a. O. S. 163 ff.

3) a. a. O. Band I.

4) Vgl. Sokolowski a. a. O. S. 409.

etwas geteilt und etwas nicht geteilt ist. Ungeteilt bleibt der Gegenstand, das ist ohne weiteres klar. Was aber wird geteilt? Diese Frage hat zu den mannigfachsten Theorieen geführt. Die wichtigsten Theorieen sind die, welche sagen, die Teilung bezieht sich auf die Sache, auf das Recht, auf den Rechtsinhalt oder endlich auf den Wert. Ich glaube, dass es für die Untersuchung der Teilbarkeit derjenigen Leistungen, die sich mit dinglichen Rechten beschäftigen, von Wichtigkeit ist, des Näheren auf diese Theorieen einzugehen.

Was zunächst die Ansicht betrifft, die Teilung beziehe sich auf die Sache, so gründet sie sich auf die Auseinandersetzungen v. Wächters.[1] Er weist nach, dass in der intellektuellen Teilung zugleich die Affirmation und die Negation einer Teilung läge, die Negation, der reellen Sachteilung und die Affirmation der wirklichen Teilung des Rechts. Der Gegenstand sei physisch nicht geteilt, er gelte nur als geteilt und diese Scheinteilung würde dadurch hervorgerufen, dass etwas anderes wirklich geteilt sei, nämlich das Recht. Weil jedoch das Recht wirklich geteilt sei, so könne die intellektuelle, als nur gedachte, Teilung nur auf Sachen, nicht auf Rechte Anwendung finden. Dies ginge auch schon daraus hervor, dass sie auch bei faktischen Verhältnissen vorkommen könne. v. Wächter stellt darauf folgende Teilungsarten auf. Für Sachen reelle und intellektuelle Teilung. Bei der letzteren sei jeder „physische Punkt" geteilt zu denken. Eine an sich ausgeschlossene Unteilbarkeit könne durch singuläre

1) a. a. O. S. 181 ff

Gesetzgebung verfügt werden, so z. B. beim Lehen. Rechte seien stets wirklich geteilt, und zwar können die unterliegenden Gegenstände physisch oder auch nur intellektuell geteilt sein. „Die Sachenrechte," sagt v. Wächter weiter, „sind teilbar, sofern ihrer Natur nach bei Teilung des Objektes am geteilten Objekte, sei es am reell oder ideell geteilten, das Recht für sich bestehen und seinen inneren Bestandteilen nach ungemindert ausgeübt werden kann."[1]

Zu dieser v. Wächter'schen Ansicht ist folgendes zu bemerken. Richtig ist, dass die Teilung pro indiviso gleichzeitig die Negation und die Affirmation einer Teilung enthält. Ebenso lässt sich die Ansicht verteidigen, der Gegenstand sei scheinbar geteilt, und diese Scheinteilung werde durch die wirkliche Teilung des Rechts bewirkt, sie ist jedoch, wie ich glaube, laienhaft. Wenn mehrere Personen z. B. Miteigentümer eines Pferdes sind, so mag in dem Laien der Schein erweckt werden, dass Pferd sei unter die mehreren Personen geteilt, dass aber der Jurist derartige Vorstellungen dabei hat, möchte ich bezweifeln. v. Wächter und mit ihm Steinlechner,[2] der ebenfalls die intellektuelle Teilung auf Sachen anwendet, glauben jedoch die Quellen für ihre Ansicht zu haben. Hiergegen tritt Dernburg[3] unter Berufung auf einen Satz des Celsus[4]

1) a. a. O. S. 186.

2) a. a. O. I, S. 74.

2) Dernburg a. a. O. Pandekten S. 463.

3) l. 5,15 Dig. 13,6: „nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere". Steinlechner glaubt aus diesem Satze gerade beweisen zu können, dass der Jurist die Teilung auf die Sache bezöge (a. a. O. I, S. 74).

auf. Er hält es für ein Unding körperliches anders als körperlich teilen zu wollen. Ich kann darin nur einen Wortstreit erblicken, ob der römische Jurist sagen will, die Sache sei scheinbar, oder das Recht sei wirklich geteilt. Ich muss mich aus oben genannten Gründen für die letztere Ansicht entscheiden, glaube auch nicht, dass die römischen Juristen diese unjuristische Vorstellung von der Scheinteilung gehabt haben. Wenn in den Quellen teilweise von „pars pro indiviso" der Sache geredet wird und wenn das BGB. in den §§ 1095, 1106, 1114 den Ausdruck Bruchteil des Grundstückes verwendet, so ist hierin lediglich eine abgekürzte Ausdrucksweise zu sehen.[1]

Durchaus falsch ist es nur, wenn v. Wächter in seinen Ausführungen der Scheinteilung einen selbständigen und primären Charakter verleiht, besonders wo v. Wächter sie selbst nur für eine Reflexwirkung erklärt.[2] Einen selbständigen Charakter gibt von Wächter der Scheinteilung, insofern als er eine besondere Teilungsart, die intellektuelle Sachteilung, neben der wirklichen Rechtsteilung anerkennt[3] und sogar behauptet, eine an sich ausgeschlossene Unteilbarkeit[4] könne durch singuläre Gesetzgebung bestimmt werden, wie z. B. beim Lehen. Als ob das Gesetz den Gedanken gebieten könnte. Ferner sagt v. Wächter: „Eine solche Teilung ist nicht blos in

1) Vgl. Dernburg Pandekten S. 463, ferner Fischer-Henle a. a. O. Anm 1 zu § 90, Anm. 2 zu § 1008.

2) Vgl. Steinlechner a. a. O. I, S. 23.

3) a. a. O. S. 181 ff.

4) Denn in Gedanken kann Alles geteilt werden.

Beziehung auf das Recht an der Sache möglich, sondern auch als rein faktisches Verhältnis, indem Mehrere auf diese Weise den Besitz einer Sache unter sich teilen können."[1] Der Besitz ist nach v. Wächter lediglich tatsächliches Verhältnis, die intellektuelle Teilung ist die durch die wirkliche Rechtsteilung hervorgerufene Scheinteilung der Sache. Wo ist aber beim Besitz die wirkliche Rechtsteilung? Wenn also die intellektuelle Teilung auf ein tatsächliches Verhältnis Anwendung findet, so ist sie hier vollkommen selbständig, losgelöst von der wirklichen Teilung, deren Scheinbild sie doch nur sein soll. Sie ist gewissermassen ein Schattenbild, ohne dass ein Gegenstand vorhanden wäre, der diesen Schatten würfe.

Der primäre Charakter, den v. Wächter der intellektuellen (Schein-) Teilung verleiht, zeigt sich darin, dass er die wirkliche Teilung der dinglichen Rechte von der intellektuellen Teilung der Objekte abhängig macht.[2] Wie vereint sich das aber mit der Vorstellung, dass die Scheinteilung gerade erst von der Rechtsteilung hervorgerufen wird? Was sagt von Wächter da Anderes, als: „Die Teilbarkeit eines Körpers hängt ab von der Teilbarkeit seines Schattens." Dieser Fehler ist auch von Goeppert,[3] der ebenfalls die v. Wächter'sche Ansicht vertritt, begangen worden. Er meint, dass die „condomini Eigentum an den Sachquoten haben, deren gemeinschaftliche Ver-

1) a. a. O. S. 181.

2) Vgl. v. Wächter S. 186 und oben S. 19.

3) Vgl. Göppert in Kritisch V. I. S. B. XIV. S. 549, ferner Steinlechner S. 25 Anm. 3.

körperung die „res communis“ ist“. Eigentum an Sachquoten setzt voraus, dass die Sachquoten bereits vorhanden sind, während sie doch gerade eine Folge der wirklichen Rechtsteilung sein sollen.[1]

Wenn endlich v. Wächter behauptet, der Ausdruck „intellektuelle Teilung“ könne nicht auf Rechte, sondern nur auf Sachen Anwendung finden, weil „intellektuell“ so viel hiesse, wie „gedacht“, die Rechte hingegen wirklich geteilt seien, so ist auch dieses unrichtig. Denn die Ausdrücke „wirklich“ und „intellektuell“ enthalten keineswegs einen Gegensatz. Auch die Teilung der Zeit ist intellektuell und dennoch wird niemand behaupten wollen, dass sie nicht gleichzeitig eine wirkliche ist.[2]

In allerneuester Zeit hat Sokolowski der Lehre von der intellektuellen Sachteilung wieder gewisse Berechtigung zugesprochen.[3] Sokolowski sieht zwar in der intellektuellen Teilung nicht die durch die wirkliche Rechtsteilung hervorgerufene scheinbare Sachteilung, bringt jedoch die Sache selbst in nahe Verbindung mit der intellektuellen Teilung.[4] Er bringt in die Lehre von der Teilung ein ganz neues Moment hinein. Er führt aus: „Da in jedem Objekte zwei Momente, die Idee und ihre körperliche Erscheinung unterschieden wurden, so war auch eine doppelte Art der Teilbarkeit möglich. Es gab eine Teilung der

1) Vgl. Steinlechner a. a. O. S. 28. Die Idee der Teilung des Rechts nach Seite seines Objekts macht die Teilung des Objekts zur primären, während vorausgesetzter Massen gerade diese erst die Folge der Teilung des Rechts sein soll.

2) Ebenso Steinlechner a. a. O. I, S 36.

3) 4) Sokolowski a. a O. S. 413.

Idee und des Körpers, eine idielle, intellektuelle, intellegibele und eine physische Teilbarkeit.“ Jeder Begrif könne im animus geteilt werden, obgleich der Gegenstand physisch ungeteilt bliebe. Intellektuelle Teile seien Teile der Sachidee. Bereits Plato habe die Idee in der Sache als das Primäre hingestellt, aus diesem Grunde musste den Philosophen die Teilung und Teilbarkeit der Idee als die Teilbarkeit κατ' ἐξοχήν erscheinen. Dies wolle auch Quintus Mucius sagen in den Worten: „partis appellatione rem pro indiviso significari.“[1] Sokolowski unterzieht darauf die bestehenden Theorien einer Kritik und kommt zu dem Schluss, dass die Theorie von der Teilung des Rechtsinhaltes[2] sich mit seiner Theorie von der Teilung der Sachidee decke. Zu dieser Teilung des Rechtsinhaltes seien die Juristen aber auf anderem Wege gelangt, da ihnen der „philosophische Schlüssel“ der klassischen Denkweise vom Begriff und dessen Verkörperung gefehlt habe. Ich glaube nicht, dass Sokolowski mit seiner Teilung des Sachbegriffes das getroffen hat, was die römischen Juristen mit ihrer Teilung in partes pro indiviso haben ausdrücken wollen, halte seine Theorie vielmehr für unrichtig. Wie können Sachbegriff und Rechtsinhalt gleichbedeutend sein? Sachbegriff ist doch, wie das Wort schon sagt, der Begriff für die Sache selbst, und der Teilung des Sachbegriffes ent-

1) 225 § 1 Dig. 50,16

2) Sokolowski a. a. O. S. 433 Er sagt: „Wir dürfen wohl behaupten, dass die klassische Lehre von der Realisierung und Teilung der „Sachbegriffe“, oder, wie man sich heute ausdrückt von der Lehre des dinglichen Rechtsinhaltes auch unserer modernen Denkmethode am besten entspricht“.

spricht der körperlichen Teilung der Sache. Rechtsinhalt ist aber der Begriff für die Beziehungen der Person zur Sache und der sich uns dieser Beziehung ergebenden Wirkungen. Und eben der Teilung dieser Wirkungen entspricht die Teilung des Rechtsinhaltes. Daher halte ich den Ausdruck Sachbegriff zur Bezeichnung des bei der Teilung pro indiviso Geteilten für verfehlt.

Ferner ist bei der Teilungserscheinung, wie ich glaube, nicht der Begriff, sondern gerade das körperliche das Primäre. Darin hat Sokolowski wohl Recht, dass, wenn man etwas teilen will, man zuerst im animus begrifflich teilt. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass bereits ein Begriff für die körperliche Erscheinung besteht. Und gerade um die Auffindung eines Begriffes für die körperliche Erscheinung handelt es sich bei unserer Frage. Die körperliche Erscheinung, nämlich dass bei gewissen dinglichen Rechten in einzelnen Beziehungen eine tatsächliche Teilung unter mehrere Mitberechtigte stattfindet, war von jeher bekannt; so z. B. dass beim Miteigentum der Fruchtgenuss, die sonstigen wirtschaftlichen Erzeugnisse, die Haftung für dingliche Lasten jedem Miteigentümer zu seinem Teil zufällt. Diese Vorgänge unter einen Begriff möglichst präzise zusammenzufassen, in „einem“ Worte zu sagen, was bei den dinglichen Rechten geteilt ist, das gerade ist das Bestreben aller Theorien.[1]

1) Vgl. Windscheid a. a. O. I, S. 618. „Es soll durch den Anteil das Mass dessen bezeichnet werden, was dem Berechtigten von der Sache gebührt, von ihrem Nutzen und bei der Auseinandersetzung mit den Mitberechtigten von der

Am nächsten sind diesem Ziele die Theorien von der Teilung des Rechts und von der Teilung des Rechtsinhaltes gekommen. Man hat diese Theorien als die herrschenden anzusehen, für die Teilung des Rechtes sind Savigny, Dernburg, Scheurl, Ubbelohde, Fischer-Henle und andere;[1] für die Teilung des Rechtsinhaltes sind Rümelin, Sintenis und andere.[2] Beide Ausdrucksweisen haben ihre Vorzüge und Nachteile. Der Ausdruck Recht bedeutet in erster Linie die Herrschaft einer Person über eine Sache und gerade diese Beziehung ist unteilbar beim dinglichen Rechte. Hingegen hat die Sprechweise „geteilt ist der Rechtsinhalt" den Vorzug, dass sie weniger auf die Beherrschung des Objektes hinweist, sondern mehr die sich aus dem Recht ergebenden Befugnisse, also die teilbaren Elemente im Rechte betont. Andererseits gehört zum Rechtsinhalt ebenso die Beherrschung des Objektes,[3] daher ist auch dieser Ausdruck nicht einwandsfrei. Aus diesem Grunde möchte ich die „Ausdrucksweise" geteilt ist

Sache selbst, und was er seinerseits zu dem durch die Sache verursachten Aufwande beizutragen hat".

„Worin besteht nun der Anteil?" fragt Windscheid weiter und kommt zu dem Ergebnis, dass man ihn am besten auf das Recht bezöge.

1) Savigny a. a. O. S. 314, Dernburg, Pandekten I, S. 463, v. Scheurl a. a. O. S. 20 ff., Ubbelohde a. a. O. S. 4 ff Fischer-Henle a. a. O. Anm. 1 zu § 90 u. Anm. 2 zu § 1008, ferner: Windscheid a. a. O I, S. 619 Note II, Endemann a. a. O. II, S. 211, Wendt Pandekten § 116, Regelsberger Pandekten S. 211 Anm.

2) Rümelin a. a. O. S. 31, Sintenis a. a. O. S. 441 Anm. 81, Arndts a. a. O. § 53, Eck, die doppelseitigen Klagen 1870 S. 93, 97, Kierulff a. a. O. S. 325.

3) Vgl. Steinlechner a. a. O. I, S. 26.

das Recht bevorzugen. Denn einmal hat sie die Quellen für sich, die von „portio“ und „pars dominii“ und „quadrans ususfructus“ reden,[1] ferner hat der ideelle Teil durch die Möglichkeit seiner Veräusserung und Verpfändung eine stark ausgeprägte Selbständigkeit und Realität, angenommen, und gerade diese Realität trifft der Ausdruck „Teil des Rechtes“ besser als „Teil des Rechtsinhaltes“: Wenn ein Miteigentümer seinen Anteil veräussert ist es verständlicher, wenn man sagt, er hat seinen Anteil am Eigentumsrecht veräussert, als wenn man sagt, seinen Anteil am Eigentumsinhalt.

Die den eben genannten Theorien trotz aller Vorzüge sichtlich anhaftenden Mängel, die besonders darin liegen, dass vom Rechte sowohl, wie vom Rechtsinhalt die Beherrschung des Objekts nicht loszulösen ist hat zur Theorie von der Teilung des Wertes geführt.[2] Diese Theorie hat ihren Ursprung in keinem geringeren als Windscheid,[3] der sie allerdings später wieder aufgegeben hat. Nach ihm tritt besonders Steinlechner[4] für diese Theorie ein. Er bezieht die intellektuelle Teilung als Scheinteilung auf Sachen sowohl, wie auf Rechte. Diese Scheinteilung werde aber hervorgerufen durch die wirkliche Teilung des Wertes. „Denn das Interesse, der Wert“, so sagte Steinlechner, „ist ja über-

1) Vgl. 211 Dig. 8,1, 27,3 Dig. 40,12 (pars dominii) 240,4 Dig. 39,2 (portio dominii) 250 pr Dig. 30 (portio dominii) 27 pr. 237 Dig. 45,3 (doninica portio) 249 Dig. 7,1 quadrans ususfructus).

2) Steinlechner a. a. O. S. 23.

3) a. a. O. I, S. 618.

4) a. a. O. S. 30, S. 79—92.

haupt nach römischer Auffassung der eigentliche Träger, der effektive Gehalt eines Rechtes, er bildet wie die Voraussetzung für die Begründung, so in letzter Linie den Gegenstand der Realisierung des Rechtes![1]

Steinlechners Theorie birgt manches Wahre in sich. Nicht unrichtig ist es, wenn er sagt: „Und wenn dann — die Teileigentums-, Teilniessbrauchsrechte als „Quoten", Bruch- oder Rechnungsteile bezeichnet werden, so verlegt man eben die Idee der Quotenteilung, als eines Scheines von Teilung, den an der Sache gerade das Recht hervorbringen soll, in das Recht selbst und provociert wieder die Frage, woher dann dieser Schein stamme".[2]

Hat aber Steinlechner diese Frage mit seiner Theorie vom geteilten Wert gelöst, ist ein so relativer Begriff wie „Wert" geeignet, alle die mannigfachen im Rechte geteilten Elemente zu bezeichnen? Wenn schon der Begriff „Rechtsteil" ungenau ist, so ist er doch bedeutend bezeichnender als „Wertsteil". Diese Theorie hat daher vielfache Angriffe erfahren[3]. Windscheid hat denn auch später die Berechtigung dieser Angriffe anerkennend seine Wertteilungstheorie ausdrücklich wieder fallen lassen.[4]

1) a. a. O. S. 87.

2) Steinlechner a. a. O. S. 83.

3) Vgl. Exner, Pfandrechtsbegriff S. 33. „Der Wert ist das ideelle Verhältnis zwischen einem Individuum einerseits und dem Bedürfnis, Geschmack, Vermögen vieler Menschen andererseits."

Vgl. auch Krit. V. J. S. B. 19, S. 233.; ferner Sokolowski a. a. O. S. 414 u. Anm. 829 ff.; für die Teilung des Wertes ist Girtanner in Iherings Jahrbüchern B. III, S. 239 ff.

Ausser den genannten vier wichtigsten Theorien sind noch andere Formulierungsversuche gemacht worden, so sagt Brinz; es seien überhaupt keine Teile weder der Sache, noch des Rechtes oder Rechtsinhaltes, noch des Wertes „wohl aber Teile, nach denen sich die Partner in Gebrauch und Fruchtbezug in Auslagen und Einnahmen richten sollen, nach denen dereinst sie selbst oder Dritte anstatt ihrer die Sache wirklich teilen sollen".[1] Hiermit scheint mir nicht allzuviel gewonnen zu sein, denn wo Teile sind, muss auch ein Ganzes sein. Wie heisst aber das Ganze, von dem die Teile stammen?

Wie bereits oben erwähnt halte ich es für das Beste, dass man die ideellen Teile auf das Recht selbst bezieht. Diese Ausdrucksweise bietet trotz vieler Mängel die meisten Vorzüge und findet ihre Rechtfertigung in den Quellen sowohl, wie in der Auffassung des BGB.[2]

Der Paragraph begann mit der verschiedenen Anwendbarkeit der Quotenteilung auf dingliche und obligatorische Rechte. Der Unterschied ist nun folgender. Die Teilung der dinglichen Rechte ist eine Teilung in partes pro indiviso, d. h. die Teilung bezieht sich nur auf das Recht, während der Gegenstand ungeteilt bleibt. Da nun das dingliche Recht aufs

1) Brintz a. a. O. I, § 131. Gegen Brintz ist Dernburg Pandekten I, S. 464, ferner Scheurl a. a. O. S. 35, der meint, Brinz' Theorie sei nur richtig für unteilbare Rechtswirkungen.

2) Vgl. Endemann a. a. O. II, S. 211. „Die Ordnung des BGB. gründet sich vielmehr auf die Annahme einer Teilung des Eigentumsrechtes selbst".

Vgl. Fischer-Henle § 90 Anm 1, § 1008 Anm. 2.

innigste mit dem Gegenstande verknüpft ist und nie gänzlich von demselben abstrahieren kann, so ist die Teilung der dinglichen Rechte nie ganz durchführbar. Die dinglichen Rechte sind teilbar bis auf den Gegenstand und den zum Gegenstand bestehenden tatsächlichen Beziehungen.[1] Und darin liegt der grosse Unterschied zwischen der Teilbarkeit der dinglichen und der Teilbarkeit der obligatorischen Rechte, dass bei diesen die Teilbarkeit stets ganz durchführbar ist, dass durch die Teilung selbständige voneinander unabhängige Teilobligationen entstehen.

II. Abschnitt.

Die Anwendung der Quotenteilung auf Leistungen im allgemeinen.

§ 4.

Wie ich bereits oben erwähnte, ist Teilbarkeit der Obligation und Teilbarkeit der Leistung identisch, da sich die einzelne Obligation stets in Bezug auf Teilbarkeit nach der entsprechenden Leistung richtet.

Was haben wir nun zunächst unter Leistung überhaupt zu verstehen? Eine indirekte Definition von Leistung gibt uns der § 241 des BGB.:

„Kraft eines Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern.

1) Dasselbe sagt v. Scheurl (a. ä. O. S. 15): „Die dinglichen Rechte sind nur relativ teilbar soweit sie reine Rechtsverhältnisse sind". (d. h. soweit nicht tatsächliche Beziehungen in Frage kommen).

2) a. a. O. S. 15.

Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen". Leistung ist also jede positive oder negative Handlung (im weitesten Sinne), zu der der Schuldner kraft seines Schuldverhältnisses verpflichtet ist.

Das BGB. hat hiermit nichts Neues gebracht, sondern sich eng an das römisch-gemeine Recht angeschlossen. So finden wir in l. 3 pr. Dig. 44,7 folgenden Satz des Juristen Paulus: „obligationum substantia non eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram facit, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum, vel praestandum". Dare, facere, praestare umfassen also dass, was der Gläubiger auf Grund des Schuldverhältnisses vom Schuldner fordern kann. Diese drei Ausdrücke werden nun keineswegs für bestimmt abgegrenzte Gebiete gebraucht, sondern vielmehr durcheinander bald in diesem, bald in jenem Sinne. So bedeutet „dare" im engeren Sinne lediglich Eigentumsübertragung, im weiteren Sinne jedes Hingeben, gleichviel zu welchem Zweck. „facere" heisst bald nur ein körperliches Tun, bald alles das, was nicht „dare" ist, endlich wird es aber auch für jede positive Tätigkeit benutzt, so in l. 218, D. 50,16: „verbum „facere" omnem omnino faciendi causam complectitur dandi, solvendi, numerandi iudicandi, ambulandi, und l. 217,5 eod. „faciendi verbo reddendi etiam causa continetur".

Über die Bedeutung von praestare herrscht Streit. Ich möchte mich der Meinung, die auch von Sintenis[1] vertreten wird, anschliessen, die in praestare auch eine auf ein Unterlassen gerichtete Gewährleistung mit

1) a. a. O. S. 19 Anm. 2.

inbegriffen sieht. Denn Paulus hat in jenem Satze unzweifelhaft alles das bezeichnen wollen, was Inhalt einer Obligation sein kann. Da der Inhalt einer Obligation auch nach römischen Anschauungen in einem „non facere" bestehen kann,[1] und in dare, facere ein non facere nicht liegen kann, so wird man es vermutlich in praestare zu suchen haben.

Dare, facere, praestare bedeutet also dasselbe, wie unser Wort Leistung, jede positive und negative Handlung im weitesten Sinne, die Gegenstand des Forderungsrechtes eines Gläubigers sein kann.

Geteilt werden Leistungen nach dem Quotenteilungsprinzip. Sie sind teilbar, wenn sie sich nach diesem Prinzip teilen lassen, d. h. wenn sie, um Windscheid's[2] Worte zn gebrauchen, „unbeschadet ihres Wesens und Wertes in Teile zerlegt werden können, sodass jede Teilleistung eine Leistung des gleichen Inhalts ist, wie die Gesamtleistung". Da nun die Leistung das Mittel ist, um den in der Obligation beabsichtigten Erfolg oder die gewollte Wirkung zu realisieren, so wird es noch deutlicher, wenn man die Teilbarkeit der Leistung von der Teilbarkeit des beabsichtigten Erfolges oder der gewollten Wirkung abhängig macht.

§ 5.

Das BGB. hat kein neues Teilungsprinzip aufgestellt, sich vielmehr der gemeinschaftlichen Doktrin angeschlossen. Es heisst ausdrücklich in den Motiven:

1) Vgl. l. 75,7 Dig. 45,1.
2) a. a. O. II, S. 14.

„Den Begriff der unteilbaren Obligation bestimmt das Gesetzbuch nicht; die Entscheidung bleibt in dieser Beziehung der Rechtswissenschaft überlassen. Die gesetzgeberischen Versuche (Hessisch. Entwurf Art. 33; bair. Entw. Art 241; sächs. BGB. § 1057) sind nicht befriedigend".

Es wurde daher bei den Beratungen über gewisse rechtliche Verhältnisse, wie z. B. Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern, die nur unter Voraussetzung eines feststehenden Teilbarkeitsbegriffes behandelt werden konnten, dieser als von der Rechtswissenschaft festgelegt betrachtet. Es sind also auch für das heutige Recht die gemeinrechtlichen Forschungen zu Grunde zu legen. Daher kann sich in Bezug auf die Teilbarkeit der Leistungen ein Unterschied zum gemeinen Rechte nur ergeben, wenn eine Leistung im heutigen Rechte einen anderen rechtlichen Charakter angenommen hat, als sie bisher hatte.

1) Motive Band II, S. 172.

Zweiter Teil.

Teilbarkeit der einzelnen Leistungen.

a.

Die positiven Leistungen.

§ 6.

Es läge nahe, im Anschluss an die Einteilung der Leistungen in den Pandekten in „dare, facere“ auch bei der Teilbarkeitsfrage diese Einteilung zu wählen. Jedoch einmal ist die Bedeutung dieser Worte schwankend, würde man sie ferner als Geben und sonstiges Tun auffassen, so würden gleichartige Fälle auseinandergerissen werden. Ich wähle daher die allgemein übliche Einteilung,[1] welche die Leistungen in solche, die einen rechtlichen Erfolg, und solche, die einen physischen Erfolg hervorbringen sollen, scheidet, wobei unter rechtlichem Erfolge ein auf Hervorbringung, Veränderung oder Aufhebung eines dinglichen oder obligatorischen Rechts zielender Erfolg verstanden werden soll. Diese Einteilung bietet den Vorteil einer besseren Zusammenstellung, da in der ersten Gruppe die Leistungen bis auf wenige Ausnahmen teilbar, in der letzten Gruppe bis auf wenige Ausnahmen unteilbar sind.

1) Vgl. hierzu Ubbelohde, Windscheid, Rümelin S. 189.

I. Abschnitt.

Teilbarkeit der Leistungen, die auf Bestellung, Aufhebung oder Veränderung eines dinglichen Rechts gerichtet sind.

I. Kapitel.

Teilbarkeit der dinglichen Rechte als Voraussetzung der Teilbarkeit der einschlägigen Leistungen.

§ 7.

Die Teilbarkeit derjenige Leistungen, deren Inhalt ein dingliches Recht bildet, bestimmt sich naturgemäss nach der Teilbarkeit des betreffenden dinglichen Rechts, denn es wäre unmöglich, dass eine Leistung, durch die ein solches Recht beispielsweise übertragen werden soll, sich quotenweise vollzieht, wenn das dingliche Recht eine Quotenteilung nicht duldet. Daher soll vorliegendes Kapitel sich mit der Teilbarkeit der einzelnen dinglichen Rechte befassen und so gleichzeitig die Grundlage bilden für die später zu besprechende Teilbarkeit der einschlägigen Leistungen.

Das Eigentumsrecht wurde unbestritten in den römischen Duellen als teilbar angesehen. Die Römer kennen nicht nur eine Konkurrenz mehrerer an einer Sache durch Miteigentum, jeder einzelne Miteigentümer könnte auch über seine Eigentumsquote vollkommen verfügen durch Veräusserung oder Bestellung eines Niessbrauches, er konnte seinen Teil im Prozess durch die „vindicatio partis“ geltend machen. Besonders wurde die durch Separation gewonnenen Früchte, die teilbaren Rechtserwerbungen eines im Miteigentum stehenden Sklaven quotenweise geteilt. Unteilbar ist

das Eigentum nur, wo es sich um die tatsächliche Verfügung über das Objekt handelt. Diesem Gedanken gibt auch § 1011 des BGB., welches in Bezug auf die Teilbarkeit des Eigentums dieselben Grundsätze behauptet, wie das gemeine Recht, Ausdruck, indem es bestimmt, dass jeder Miteigentümer der Herausgabe nur an alle verlangen kann. Es handelt sich um Herausgabe des Gegenstandes durch körperliche Besitzübertragung. Bei der Teilung in „partes pro indiviso", die doch bei dinglichen Rechten Anwendung findet bleibt das Objekt ungeteilt, und sind infolgedessen teilbare tatsächliche Beziehungen zu ein und demselben Objekt undenkbar.

Das, was über das Eigentum gesagt ist, gilt auch im wesentlichen von den Eingentums- ähnlichen Rechten an einer „res aliena", so zunächst von der Emphyteuse[1] und der Superficies.[2] In beiden Fällen können die Berechtigten teilbaren Rechtserwerb machen. Dieser zeigt sich bei der Superficies darin, dass mehrere Superficiare die Gebäude vermieten und sich dann die Mietszinsen teilen können, dass ferner jeder Einzelne seinen ideellen Teil veräussern kann. Bei der Emphyteuse teilen sich mehrere Mitberechtigte in den Fruchtgenuss. Für das BGB. hat sich in diesen Beziehungen nichts geändert. Die Emphyteuse ist wohl schon früher deutschrechtlichen Instituten gewichen und vom BGB. nicht erwähnt. Dagegen findet sich die Superficies in unserem Erbbaurecht wieder, das ebenso den Charakter der Teilbarkeit an sich trägt.

1) l. 7 pr. Dig. com. div. 10,3; l. 10 Dig. 10,2.
2) l. 1,8 Dig. 43,18.

§ 8.

Eine sehr umstrittene Frage ist gemeinrechtlich die Teilbarkeit des Besitzes, was bei den vielen Meinungsverschiedenheiten über den juristischen Charakter des Besitzes überhaupt nicht Wunder nehmen kann. Manche Schriftsteller behandeln den Besitz von vornherein als Recht und erklären ihn deshalb für teilbar.[1] Mit einer solchen Voraussetzung darf man unserer Frage nicht näher treten.

Die Grundlage für jeden Besitz ist zweifellos das „corpus possessionis", das „eudum factum". Aber das steht fest, wenn die Quellen von Teilbarkeit des Besitzes reden, so kann nicht das „nudum factum possessionis" gemeint sein, denn das ist eine unteilbare Tatsache.[2] Wenn wir einen Gegenstand besitzen wollen, so liegt uns nicht allein an seiner körperlichen Innehabung, sondern besonders an den rechtlichen Wirkungen, die sich an seine Innehabung knüpfen. Daher versteht man unter Besitz auch das corpus possessionis in Verbindung mit seinen rechtlichen Folgen. Diese ganze Erscheinung ist es, die wir uns geteilt zu denken haben, darauf deuten auch mit Bestimmtheit die Digesten hin.[3] Eine andere Frage ist die, wie es zu erklären ist, dass die Teilung „in

---

1) Vgl. Lenz, das Recht des Besitzes und seine Grundlagen S. 95.

„Es kann von einem Mitbesitz nur darum die Rede sein, weil der Besitz selber ein Recht, also eine Äusserungsform des Willens ist, Vgl. auch Steinlechner a. a. O. II, S. 6.

2) Mit Recht sagt Paulus in der l. 3, 5 Dig 41,2: „contra naturam est, ut cum ego alqd teneam, tu quoque tenere videaris.

3) Vgl. hierzu l. 26 Dig. 41,2.

partes pro indiviso“ beim Besitz angewandt wird, die doch sonst nur den dinglichen Rechten zuzukommen scheint. Diese Erwägung führt, wie ich glaube, auf den rechten Weg. Wie wir gesehen haben, bleibt bei der Teilung „in partes indivisas“ der Gegenstand ungeteilt, es besteht in Bezug auf ihn eine „communio“ der mehreren Mitberechtigten. Daher ist die Teilung pro indiviso nur auf dingliche, nicht auf obligatorische Rechte anzuwenden.[1] Wirklich geteilt ist bei den dinglichen Rechten, wie wir sagten, das Recht selbst. Jedoch ist mit dieser Ausdrucksweise nur bezeichnet worden, dass gewisse sich aus der Beziehung zum Gegenstand ergebenden Befugnisse geteilt werden.[2] Aber auch beim Besitz sind solche sich an die tatsächlichen Beziehungen knüpfenden rechtlichen Folgen vorhanden. Daher wendet man mit Recht die Teilung pro indiviso auch auf den Besitz an. Ungeteilt bleibt der Gegenstand, geteilt werden die rechtlichen Folgen, die sich an den Besitz anschliessen.

Diese Ansicht vertritt Steinlechner,[3] der, wie wir gesehen haben, auch bei den Rechten nicht das Recht, sondern den Wert als wirklich geteilt ansieht, und nun hier seine Theorie mit Erfolg auf den Besitz anwendet. Auch Steinlechner betont, dass, wenn mehrere eine Sache besitzen wollen, jeder von dem „Nutzen“ (im weitesten Sinne), den der Besitz zu gewähren vermag, für sich einen Quotenteil will. Ein solcher ökonomischer Nutzen findet sich nun nach

1) Vgl. oben S. 17 f.
2) Vgl. oben S. 24 und Windscheid a. a. O. I, 618.
3) Vgl. Steinlechner a. a. O, II, S. 11.

Steinlechners Ansicht bei jedem Besitz auch der Detention und lässt sich selbst bei dem Besitz mehrerer „constodiae causa in posessionem missi“ quellenmässig nachweisen. Denn es heisst von ihnen: „quum igitur plures mittuntur, aequaliter omnes quasi in totum missi, concursu partes habebunt.“[1] Auch ich halte die „custodia“ für teilbar, da hier die „parter“ des ökonomischen Interesses sich sowohl in einem pratorischen Pfandrecht der „missi“ äussern als auch in dem Ersatzanspruch zu Tage treten, den die „missi“ für die in ihrem Interesse an dem Gegenstande vorgenommenen Reparaturen haben.

Steinlechner hielt infolgedessen jeden Besitz, juristischen wie Detention für teilbar.[2] Diese Ansicht vertritt auch Savigny.[3] Er sieht in dem Wesen des Besitzes die Ausübung des Eigentums. „Es fänden daher die für die Teilbarkeit des Eigentums aufgestellten Sätze in gleicher Weise auch auf den Besitz, juristischen wie natürlichen, Anwendung.“

Eine eigenartige Meinung stellt von Scheurl[4] auf. Er geht von ähnlichen Gesichtspunkten aus wie Savigny und behandelt den Besitz als Eigentumserscheinung. Der Mitbesitz sei eine Konkurrenz mehrerer in der Ausübung des Eigentums in einem auf einen bestimmten Rechnungsteil eingeschränkten Umfang, aber nur dann, wenn der Wille der Mitbesitzer auf einen teilbaren

1) Vgl. l. 15,18Dig. 39,2; vgl. Steinlechner a. a. O. II, S. 11 f.

2) Für falsch halte ich es nur, wenn Steinlechner hieraus die Teilbarkeit der natürlichen Detention schliessen will, wie er es an einer andern Stelle (I. Abschn. S. 99) tut.

3) a. a. O. S 316 f.

4) a. a. O. S. 38 ff.

Rechtserwerb gerichtet sei". Wo dies der Fall sei, sei auch der natürliche Besitz teilbar, so der Besitz des Usufruktuars und des Pächters, der doch natürlichen Fruchterwerb beziele. Ausgeschlossen von der Teilbarkeit ist nach v. Scheurl der Besitz des Miethers, des Depositars und Kommodatars. Ich halte diese Scheidung für keine glückliche. Sollte es sich weniger um einen teilbaren Rechtserwerb handeln, als bei der Pacht, wenn mehrere Personen einen Sklaven mieteten und durch ihn ein Geschäft betreiben liessen, oder um modernen Verhältnissen Rechnung zu tragen, wenn mehrere Personen sich von einem Züchter Rennpferde mieten, um mit ihnen Geldpreise zu gewinnen? Gleiches ist vom Kommodat zu sagen. Die lex 5 Dig. 13,6, die v. Scheurl für seine Beweiszwecke benutzt, um die Unteilbarkeit des Miet- und Kommodatbesitzes nachzuweisen, wird von Steinlechner zum Beweis des Gegenteils herangezogen. Mag v. Scheurl insoweit Recht haben, als partes pro effectu an einem Wagen nicht vollkommen qualitativ gleiche Quotenteile sind, so gewährt ein solcher gemieteter Wagen jedenfalls noch andern teilbaren Nutzen. In Bezug auf körperliche Behandlung ist auch jedes dingliche Recht unteilbar.

Zu verwerfen ist die Ansicht Ubbelohdes,[1] der den juristischen Besitz für teilbar ansieht, den Detentionsbesitz für unteilbar. Der Unterschied zwischen beiden wird nach Ihering nicht mehr in dem Vorhandensein des „animus dominii" zu suchen sein, wie Savigny meinte, sondern vielmehr in der Gewährung bez. Nichtgewährung des Besitzesschutzes.

1) a. a. O. S. 21.

Ubbelohde steht wohl noch auf dem Standpunkte Savignys. Er hält den juristischen Besitz für teilbar, weil er wenigstens vorläufig die Gesamtausübung des Eigentums also auch der Fruchtziehung gewähre, desgleichen Emphyteuse, Superfizies und Ususfruktus, sofern sie nämlich auf den Bezug fungibler Früchte gerichtet sind.

Meine Ansicht über die Teilbarkeit des Besitzes, die sich im wesentlichen mit der Steinlechnerschen deckt, ist noch einmal folgende. Teilbar in partes pro indiviso ist der Besitz beim Vorhandensein eines ökonomischen Erfolges. Da nun der Besitz als „Zustand" wohl nie allein als „nudum factum", sondern stets in Begleitung eines sich an ihm knüpfenden wirtschaftlichen Nutzens auftritt, so wird jeder Besitz teilbar sein. Unteilbar ist das „nudum factum possessionis", welches als Grundlage für jeden Besitz, wie wir später sehen werden, bei den Leistungen, die auf Herstellung einer solchen Grundlage gerichtet sind, von grosser Wichtigkeit ist. Wenn daher Steinlechner, wie zwar nicht aus der Abhandlung, die sich speziell mit der Besitzteilung beschäftigt, hervorgeht, wie es aber an einer früheren Stelle[1] geschehen ist, auch das nudum factum der Detention für teilbar erklärt, so kann ich mich damit nicht einverstanden erklären. Dies harmoniert, soviel ich sehe auch nicht mit Steinlechners sonstigen Auffassung der intellektuellen Teilung; denn wo ist bei der Teilung der natürlichen Detention die wirkliche Teilung des Wertes, die eine Scheinteilung der Sache hervorruft?

1) Vgl. Steinlechner a. a. O. I, S. 99.

Erwähnt sei in diesem Zusammenhang die „juris quasi possessio“ deren Teilbarkeit sich nach der ihres Rechtes richtet.

Dem BGB. ist der Unterschied zwischen juristischem Besitz und Detention fremd, es kennt nur Besitz, und zu den Besitzern sind nach § 868 auch Mieter, Pächter, Pfandgläubiger und Kommodator zu zählen,

Da ferner im § 857 die Vererblichkeit des Besitzes bestimmt wird, lässt sich die gemeinrechtlich vertretene Ansicht, dass der Besitz eine Tatsache sei, nicht mehr aufrecht erhalten.[1] Denn Tatsachen lassen sich nicht vererben. Endlich wird im § 866 der Mitbesitz ausdrücklich anerkannt. Diese Bestimmungen beseitigen die gemeinrechtlichen Streitfragen; die Ansicht, der Detentionsbesitz des Pächters, Mieters und Kommodators sei als etwas tatsächliches unteilbar, ist damit hinfällig geworden. Es versteht sich von selbst, dass das tatsächliche körperliche Innehaben, welches unteilbar ist, durch die Bestimmung des § 857 nicht aus der Welt geschafft ist.

§ 9.

Teilbar ist auch das Pfandrecht, dessen Wesen in der Verfügungsberechtigung durch Veräusserung besteht. Die Veräusserung an sich ist ja eine unteilbare Handlung, aber der Zweck ist die Befriedigung aus dem Erlöse, und in diesem Sinne ist das Pfandrecht als teilbar anzusehen. Dies ist uneingeschränkt in den Quellen anerkannt.[2] Die Teilbarkeit wäre wohl auch nie an-

1) Vgl. Endemann a. a. O. II, S. 99, ferner Haidlen, BGB. Anm. zu § 857.

2) Vgl. l. 10, l. 16, 8 Dig. 20, 1.

gezweifelt worden, wenn nicht die bekannte Quellenstelle „pignoris causa indivisa est", Bedenken erregt hätte. Dies bedeutet jedoch, wie von v. Wächter nachgewiesen ist, lediglich, dass das Pfand verhaftet bleibt, bis die ganze Schuld getilgt ist. Im übrigen kann eine Sache sowohl an mehrere Gläubiger, wie von mehreren Schuldnern verpfändet werden. Ist der Gegenstand des Pfandrechtes ein dingliches oder Forderungsrecht, so hat die Teilbarkeit des betreffenden Rechtes, an dem das Pfandrecht bestellt ist, wohl keinen Einfluss auf die Teilbarkeit des letzteren. Das Recht steht auf derselben Stufe wie die Sachen beim Pfandrecht an Sachen und bleibt wie diese ungeteilt. Die Teilbarkeit äussert sich auch hier in der Teilbarkeit des durch die Veräusserung gemachten Erwerbes. Für das BGB. gelten dieselben Grundsätze, da es ebenfalls mehrere Pfandrechte an einer Sache bezw. Rechte zulässt. Auch die Grundstückspfandrechte, Hypotheken, Grund- und Renten-Schulden sind als durchaus teilbar anzusehen.

§ 10.

Die Prädial-Servituten werden in den Quellen schlechthin für unteilbar erklärt. „Et servitutes dividi non possunt, nam eorum usus ita connexus est, ut qui eum partiatur, naturam eius corumpit"[1] Warum die römischen Juristen die Servituten für unteilbar halten, ist des näheren nicht auseinandergesetzt.

Gemeinrechtlich hat man sehr verschiedene Ansichten geäussert. Die Erklärung der Unteilbarkeit

1) Fragmenta Pomponii. Vgl. hierzu Huschke, I. Aufl. S. 146. Jurisprudentia Antejustinianea.

stösst auf keine Schwierigkeit bei den Servituten, deren Inhalt die körperliche Behandlung der Sache bildet, wie bei den Wegeservituten. Das Recht, auf einem Grundstücke zu gehen oder zu fahren ist eine unteilbare Tatsache. Das gleiche muss von den sogenannten negativen Servituten gelten, wie z. B. von der „servitus altius non tollendi, servitus ne luminibus officiatur." Es besteht hier für den jeweiligen Eigentümer des dienenden Grundstücks die Verpflichtung zu einem Nichttun, welches keine Grössenverhältnisse an sich trägt und daher unteilbar ist.[1]

Schwieriger ist die Frage, warum die sogenannten Entnahme-Servituten, wie cretae eximendae, calcis coquendae u. a. nicht teilbar sind, wo es sich doch bei ihnen um völlig teilbaren Erwerb handelt. Steinlechner,[2] der seine Theorie von der wirklichen Teilung des Wertes hier dahin modifiziert, dass Teilbarkeit soviel hiesse, wie selbständige Realisierbarkeit der Mitberechtigung durch die einzelnen Teilnehmer, will hiermit die Unteilbarkeit der Servituten erklären. Mit dieser Erklärung ist jedoch nichts gewonnen, wir müssten zunächst untersuchen, warum die Mitberechtigungen nicht selbständig realisierbar sind.[3]

Besser scheint mir schon die Erklärung v. Scheurls[4] zu sein.

1) Vgl. hierzu unten S. 76 ff.
2) a. a. O. S. 154 ff.
3) Vgl. unten, S. 46, Anm.
4) a. a. O. S. 11. Gelegentlich der Besprechung der Teilbarkeit der Servituten greift v. Scheurl nicht auf diesem Grund zurück.

Der Inhalt der Servituten besteht in der Ausübung eines Rechtes in gewissem Umfange, denn das Bedürfnis des herrschenden Grundstücks bestimmt das höchste Mass der Prädialservitut. Würde diese Grenze überschritten, so läge keine Prädialservitut[1] vor, sondern Ususfruktus, der, wie wir später sehen werden, teilbar ist. Wie hoch dieses Maximalmass, das nicht überschritten werden darf, ist, lässt sich im Voraus meist nicht bestimmen, es variiert nach den Bedürfnissen.[2] Da nun die Quotenteilung eine Teilung des Rechtes in mehrere selbständige Teilquoten gleichen Inhalts aber vom Ganzen verschiedenen Umfanges ist, so sind die Servituten unteilbar. Denn da Inhalt und Umfang hier so eng miteinander verknüpft sind — denn ihr Inhalt besteht in der Ausübung in einem gewissen Umfang — so ist eine Teilung des Umfangs ohne gleichzeitige Zerstörung des Inhalts nicht denkbar. „Eine Grössenbestimmung durch Teilung ist ausgeschlossen," wie Rümelin[3] sagt, „weil das zu teilende Ganze keine fixierbare Grösse hat."

Aber auch diese v. Scheurl'sche Erklärung vermag nicht allen Zweifeln gerecht zu werden. Wenn der Umfang der Servitut von vornherein genau bestimmt ist, wie z. B. bei einer Weidegerechtigkeit für

1) Würde z. B. der Thon, den das dienende Grundstück liefert, über die Bedürfnisse des herrschenden Grundstückes hinaus benutzt, etwa um einen Thonkrughandel zu betreiben, so liegt nach Ansicht der Quellen keine Prädial-Servitut vor, sondern Usus fruktus.

2) Wobei die Servitut ihr Anfangsmass natürlich nicht allzustark zum Schaden des praedium serviens überschreiten darf.

3) a. a. O. S. 162.

100 Schafe, wenn ferner die Grunddienstbarkeit, wie es unter deutschrechtlichem Einflusse zum Teil vorkam nicht an den Bedarf des herrschenden Grundstücks geknüpft war,[1] so scheint einer Quotenteilung der Servitut unter mehrere Miteigentümer nichts im Wege zu stehen. So halten Ubbelohde[2] und neuerdings sehr energisch Cosack[3] die Servituten in solchen Fällen für durchaus teilbar. Die Konsequenz dieser Ansicht ist, dass ein jeder Miteigentümer zu seinem ideellen Anteile eine Servitut erwerben oder an seinem ideellen Anteile bestellen könnte. Eine derartige Möglichkeit ist bereits in den Quellen mit Entschiedenheit verneint, das spricht der Satz: „pro parte dominii adquiri non posse servitutem volgo traditur,“[4] aus. Dasselbe Verbot war in dem I. Entwurf zum BGB. § 968 enthalten. „Eine Grunddienstbarkeit kann nach Bruchteilen[5] weder begründet noch aufgehoben werden.“ Die II. Kommission hat diese Bestimmung als selbstverständlich verworfen, sie enthalte nur einen für die Praxis wertlosen, theoretischen Lehrsatz. „Dass eine Grunddienstbarkeit nach Bruchteilen weder begründet noch aufgehoben werden könne, folge schon aus dem Begriffe der Servitut, welche stets das Grundstück als solches ergreife.“

Und in der Tat, macht man sich klar, dass beim Miteigentum nur das Recht geteilt ist, das Grundstück

---

1) Das BGB. ist daher in § 1019 ausdrücklich zu der römischen Anschauung und Bestimmung zurückgekehrt.

2) a. a. O. S. 12.

3) a. a. O. Bd. II, S. 219. Vgl. unten S. 46.

4) 211, Dig. 8, 1.

5) d. h. zu Gunsten oder zu Lasten von Bruchteilen eines Grundstückes. Vgl. Planck. Vorbem. zu § 1018, II.

hingegen nicht geteilt wird, dass also kein Miteigentümer von irgend einem Punkte des Grundstücks sagen kann, dass er ihm allein gehöre;[1] dass ferner die Servitut gerade an diesem ungeteilten Grundstücke bestellt werden soll, so geht hieraus die begriffliche Unmöglichkeit einer Teilung der Grunddienstbarkeiten unter die Miteigentümer hervor. Cosak[1] sagt: „wenn es denkbar ist, dass der Miteigentümer eines Grundstücks auf diesem gehen und Thon graben darf, wenn es ferner denkbar ist, dass kraft eines von dem Miteigentümer bestellten Niessbrauchs dem Niessbraucher diese Befugnisse gleichfalls zustehen können, soll dann ein Miteigentümer jenes Recht zum Gehen und Lehmgraben nicht auch als Grunddienstbarkeit zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers eines Nachbargrundstücks bestellen können?

Cosack geht hier von gänzlich falschen Voraussetzungen aus. Ein Miteigentümer hat keineswegs das Recht, ohne weiteres auf dem Grundstücke zu gehen oder Thon zu graben. Die Behandlung des Grundstücks selber, mag sie sich im „Gehen," „Thon graben" oder sonst wie äussern, teilt sich beim Miteigentum nicht in Quoten, denn das ist gerade das Wesen der ideellen Teilung, dass der Gegenstand und mithin alle faktischen Beziehungen ungeteilt bleiben; der Umfang der körperlichen Behandlung des Grundstücks kann vielmehr nur durch Bestimmung der Miteigentümer untereinander normiert werden.

---

1) Und insofern hat Steinlechner Recht, dass die Mitberechtigung nicht selbständig realisierbar ist. Vgl. oben S. 43.

Eine andere Frage ist nun die: „wie verhalten sich die Grunddienstbarkeiten bei der reellen Teilung des Grundstückes?“ Für unsere Betrachtungen kommen nur die Servituten in Betracht, die nicht schon aus andern Gründen unteilbar sind, wie z. B. die Wege-Servituten, in solchen Fällen könnte nur Vervielfältigung eintreten.

Mit der Teilung des „praedium dominans“ beschäftigen sich folgende Quellenstellen: l 1, § 1, Dig. 8, 6, l 23 § 3, Dig. 8, 3 uno l 25 eod. Im zweiten Satze der l 6, § 1 cit. ist ausgesprochen, dass bei Realteilung des fundus jeder Eigentümer eines Teilgrundstückes die Servitut für seinen Teil durch „nonusus“ verlieren könne, und dass sie überhaupt in Bezug auf die Servitut nichts mehr miteinander zu tun hätten (nec amplius in ea re causae eorum miscentur.) Die l 25, Dig. 8, 3 bestimmt, dass bei einer Wasserservitut „pro modo agri detenti aut alienati fiat eius divisio,“ d. h. also die Servitut im Verhältnis der getrennten Grundstücke geteilt sei. Ein Gleiches müsste sich auch von andern ähnlichen Servituten z. B. Weide oder Torfstich-Gerechtigkeiten sagen lassen. Es lässt sich nicht leugnen, dass in diesen Fällen die Servitut geteilt wird, denn die neu entstandenen Servituten sind Quotenteile der alten nur quantitativ nicht qualitativ von ihr verschieden.[1] Entsprechend ist auch bei Teilung des dienenden Grundstückes eine Teilung der

1) Vgl. Rümelin a. a. O. S. 154. Wenn irgend wo von einer Teilung des Rechts gesprochen wird, so muss in diesem Falle Teilung der Servitut angenommen werden.

Dienstbarkeit in derartigen Fällen zu konstatieren.[1] Mit dem allgemeinen Quellen-Grundsatz von der Unteilbarkeit der Servituten scheint das eben Gesagte zu kollidieren, vermutlich haben die römischen Juristen nur die ideelle, nicht die reelle Teilung der Grundstücke im Auge gehabt.

Da für das BGB. (§ 1025) keine Änderung eingetreten ist, so müssen wir auch hier in derartigen Fällen, wie wir sie eben aufgezählt haben, eine Teilbarkeit für möglich erklären. Auch Dernburg äussert sich in diesem Sinne: „Hatte die Servitut ein bestimmtes Mass, wie die Weidegerechtigkeit einer bestimmten Anzahl Schafe, so erhält jedes Grundstück ein seiner Grösse entsprechendes Teilrecht.“[2] Im Gegensatze zu Dernburg steht Plank,[3] der die Erhaltung der Einheit der Servitut bei Teilung des Grundstückes aus dem Grundsatze der Unteilbarkeit der Dienstbarkeiten herleitet. Die Teil-Eigentümer sind nach Planck ebenso gestellt, wie die Mit-Eigentümer.

Von dem Standpunkte, dass die Teilbarkeit nach wissenschaftlichen Grundsätzen zu beurteilen ist, halte ich diese Ansicht für unrichtig, denn es entstehen unleugbar durch die Realteilung gleichartige Teilservituten. Etwas anderes ist es freilich, ob etwa das Gesetz das Unteilbarkeitsprinzip, das für die überwiegende Anzahl die Grunddienstbarkeiten aus theoretischen Gründen

1) vorausgesetzt natürlich, dass der Teil des Gründstücks, den die Servitut berührt, durch die Teilung betroffen wird.

2) Dernburg. BGB. III, S. 470.

3) a. a. O. Anm. zu § 1025. Vgl. auch Fischer-Henle, die in d Anm. 1 zu § 1025 betonen, dass die Servitut ungeteilt bestehen bleibt.

besteht, nicht auch aus praktischen Gründen auf diese wenigen Fälle, wo sonst Teilbarkeit möglich ist, ausgedehnt wissen will.

In den Beratungen zum BGB. wurde diese Frage der Teilung wohl berührt, jedoch nicht näher erörtert. Man meinte, „ob durch Natural-Teilung des dienenden oder herrschenden Grundstücks die einheitliche Servitut in eine Mehrheit von Servituten zerlegt wird, hat eine mehr theoretische als praktische Bedeutung.“ Jedoch lässt sich, wie ich glaube, der gesetzgeberische Wille, dass die Servitut als ungeteilt fortbestehend gelten solle, aus dem Wortlaut des § 1025 entnehmen, denn es heisst dort „so besteht „die Grunddienstbarkeit“ für die einzelnen Teile fort.“ Unterstützt wird diese Annahme durch die Erwägungen, durch welche die Kommission bei der Beratung geleitet wurde. Es heisst dort: „Denn eine grundbuchliche Operation, bei welcher aus einem einheitlichen Grundstücke mehrere einheitliche Grundstücke gebildet werden, führt an sich keine Wirkungen auf die an den Grundstücken bestehenden sujektiv- oder objektiv-dinglichen mit dem Grundstücke verknüpften Rechte mit sich.

Man kann also annehmen, dass die Grunddienstbarkeiten auch in den Fällen, wo sie sonst auf Grund wissenschaftlicher Erwägungen als teilbar anzusehen wären, im BGB. kraft gesetzgeberischen Willens unteilbar sind.

Die wichtigste Personal-Servitut, der Niessbrauch, ist unbedingt teilbar. Zwar ist er in Bezug auf körperliche Behandlung unteilbar und mehrere Niessbraucher müssen sich diesbezüglich einigen. Das liegt aber im

Wesen der ideellen Teilung begründet. Das, was den Niessbrauch teilbar macht, ist der sich aus dem „uti“ ergebende Erwerb und vor allen Dingen das „frui“, der Fruchterwerb, der die vornehmste Befugnis des Niessbrauchers ausmacht. Es ist noch zu bemerken, dass der Ususfrukt nicht unter mehrere Usufruktuare geteilt zu werden braucht, sondern ein Usufruktuar neben einem Mit-Eigentümer stehen kann. Das kommt aber auf dasselbe hinaus, da der Niessbrauch eine Eigentumsbefugnis ist.

Unteilbar hingegen ist die Personal-Servitut des Usus. „Uti pro parte non possumus“, sagen die Quellen. Ich möchte jedoch die Unteilbarkeit des Usus nicht allein auf diesen Satz zurückführen. Das „uti“ selbst ist natürlich unteilbar. Aber der körperliche Gebrauch der Sache ist doch nicht der alleinige Inhalt und Zweck des „uti“. Dem Usuar kommt es doch auch auf den sich aus dem Gebrauch ergebenden Nutzen an. Ebenso wie die Teilung des Besitzes im Mitbesitz anerkannt ist, so liegt, wie ich glaube, an sich nichts im Wege, dass mehrere Personen an einer Sache zu Quotenteilen einen Usus haben, indem sie sich in den an den Gebrauch schliessenden Nutzen teilen. Ich sehe also die Unteilbarkeit des Usus nicht in der Unteilbarkeit des „uti“, sondern vielmehr in demselben Grunde, aus welchen unsere beschränkten, persönlichen Dienstbarkeiten als ungeteilt gelten müssen. Es ist nämlich der Usus so eng an die Person des Berechtigten geknüpft, dass sich sein Inhalt als Befugnis in einem gewissen, sich nach den jeweiligen Bedürfnissen des Usuars richtenden Umfange, zu

gebrauchen darstellt. Inhalt und Umfang hängen hier ebenso wie bei gewissen Grunddienstbarkeiten so eng zusammen, dass Teilung des Umfanges ohne gleichzeitige Teilung des Inhaltes undenkbar ist. Der Inhalt der Quotenteile muss jedoch derselbe bleiben. Bei den beschränkten Dienstbarkeiten, bei denen nach § 1091 des BGB. durch Partei-Disposition der Umfang nicht auf die persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten beschränkt ist, und welche nach § 1092, 2 anderen überlassen werden dürfen, muss man falls sie nicht etwa aus anderen Gründen unteilbar sind, eine Teilbarkeit für möglich erklären.

§ 11.

Als deutschrechtliche Institute, dem gemeinen Recht schon bekannt und im BGB. in den §§ 1105—1112 behandelt, sind noch die Reallasten zu untersuchen. Sie bestehen im Gegensatze zu den Grunddienstbarkeiten in einer positiven Handlung des Belasteten. Sie sind gemischter Natur, als Belastung des Grundstückes sind sie dingliches Recht, als einzelne Leistung Obligation. Ist nun die einzelne Obligation teilbar, was sich wieder nach der Teilbarkeit der Leistungen richtet, so wird auch das auf die Summe der Leistungen gerichtete dingliche Recht teilbar sein. Die Teilbarkeit der Reallasten richtet sich demnach im einzelnen Fall nach der vom Verpflichteten zu entrichtenden Leistung.

II. Kapitel.

Teilbarkeit der auf Bestellung, Veränderung oder Aufhebung eines dinglichen Rechtes gerichteten Leistungen.

§ 12.

Die Teilbarkeit der Leistungen, deren Inhalt ein dingliches Recht bildet, richtet sich wie oben erwähnt, im allgemeinen nach der Teilbarkeit des betreffenden dinglichen Rechtes. Wenn wir hiernach auch sagen können, dass Leistungen, deren Inhalt ein unteilbares dingliches Recht bildet, ebenfalls unbedingt unteilbar sind, so lässt sich umgekehrt nicht sagen, dass Leistungen, deren Objekt ein teilbares dingliches Recht ist, deswegen auch immer teilbar sind. Denn der Hauptgrundsatz für die Teilbarkeit der Leistungen ist der: Leistungen sind teilbar, wenn der beabsichtigte Erfolg in Teilen zu erzielen ist. Trotz Teilbarkeit des dinglichen Rechtes ist häufig der beabsichtigte Erfolg der betreffenden Leistung nicht quotenweise zu realisieren und zwar aus einem sehr einfachen Grunde, den seltsamer Weise keiner derjenigen Schriftsteller angeführt hat, die es mit Recht für unrichtig erklären, die Teilbarkeit der Leistung lediglich von der Teilbarkeit des dinglichen Rechtes, welches ihren Gegenstand bildet, abhängig zu machen.[1] Der Grund liegt darin, dass die Teilung der dinglichen Rechte nicht ganz durchführbar ist, da stets der Gegenstand des im

---

1) Vgl. Dernburg, BGB. II, 1, S. 107. Crome a. a. O. S. 39. Oertmann a. a. O, S. 140. Vorbem. zu § 420. „Es kommt auf das Zweckmoment an.“ Kann die Leistung unbeschadet ihres Wesens und Wertes in Teile zerlegt werden? Darüber entscheidet zuletzt nur der einzelne Fall.

übrigen teilbaren Rechtes ungeteilt bleibt. Und bei Leistungen, die sich mit der Übertragung dinglicher Rechte befassen, kommt es in sehr vielen Fällen auf Übertragung des Gegenstandes an, der die Grundlage für das an ihm zu bestellende dingliche Recht bilden soll; eine solche Übertragung ist natürlich unteilbar, mag auch das zu bestellende dingliche Recht teilbar sein. Man kann daher nur sagen: „Leistungen, deren Gegenstand dingliche Rechte sind, richten sich im allgemeinen nach der Teilkarkeit dieser, es ist jedoch im einzelnen Fall zu untersuchen, ob die durch die Parteien gewollte Wirkung sich in Quoten herbeiführen lässt, ob nicht die ungeteilte Seite des „in partes pro indiviso" geteilten dinglichen Rechtes betont werden soll.

Die Wichtigkeit der eben aufgestellten Grundsätze zeigt sich am deutlichsten bei den Leistungen, die auf Eigentumsübertragung gerichtet sind. Das Eigentum gilt als vollkommen teilbar, und danach müssten auch Eigentumsübertragungen im allgemeinen teilbar sein. Es kann daher von mehreren Schuldnern jeder einzelne dem Gläubiger eine Mit-Eigentums-Quote einräumen, ebenso ein Schuldner jedem von mehreren Gläubigern. Häufig jedoch hat eine quotenweise Eigentumsübertragung für den Gläubiger keinen Wert, er will die ganze versprochene Sache; und in allen den Fällen, in denen Eigentum durch Übergabe erworben wird, ist die körperliche Übergabe regelmässig so sehr Essentinale der Leistung, dass dadurch die ganze Leistung unteilbar wird.

Wenn z. B. A und B. sich in einem Laden einen

Gegenstand kaufen, so ist es nicht ihr Wille, dass ihnen der Verkäufer Quoten einräumt, sie wollen den Gegenstand übergeben haben. Der beabsichtigte Erfolg vermag hier nur durch körperliche Übergabe erreicht zu werden. Diese Leistung ist daher unteilbar.

Wenn jedoch A und B sich von C ein Haus kaufen, welches sie nicht selbst bewohnen wollen, so wird der gewünschte Erfolg schon dadurch erzielt, dass C erst A und dann B einen Bruchteil des Hauses auflässt. Diese Leistung ist also teilbar. Immer teilbar ist die Leistung einer Quantität Fungibilien, da sie sich zahlenmässig bewirken lässt. Schon die Quellen sagen von ihnen, „numero eorum fit divisio.[1]

Eine besondere Erwähnung verdienen noch die generischen und alternativen Leistungen, weil man bei ihnen vielfach eine Teilbarkeit ganz oder wenigstens zum Teil verneint. Die Quellen bezeichnen derartige Leistungen als teilbar, jedoch mit der Modifikation, dass nur bei Leistung einer ganzen Sache Befreiung für den Schuldner eintrete.[2] Im übrigen ist wie bei jeder anderen teilbaren Leistung teilweiser Untergang durch Akzeptilation möglich. Diese Gebundenheit der einzelnen Teilschuldner untereinander veranlasst einige Schriftsteller,[3] die generischen und alternativen Leistungen überhaupt für unteilbar zu erklären.

---

1) Vgl. l 54, Dig. 45, 1 und l. 29 Dig. 46, 3.

2) Vgl. l 2, 1 Dig. 45, 1.

3) Diese Ansicht vertreten: Sintenis a. a. O, S. 48. Vangerow a. a. O III, S. 13 f. Unter den neueren behauptet Oertmann: (a. a. O. Vorbem. zum VI Abschn. No. 1, S. 140) „aus naheliegenden Gründen die Unteilbarkeit der Genusleistungen.

Ich halte es für richtig, diese Leistungen ebenso wie alle anderen Eigentumsübertragungen zu behandeln. Die gewollte Wirkung ist, dass der Gläubiger Eigentum erhält an einer Sache, an welcher Sache, das ist abhängig von einer vom Schuldner bez. bei Alternativ-Leistungen auch vom Gläubiger vorzunehmenden Wahl. Diese Wahl ist eine unteilbare Handlung, sind mehrere Schuldner bez. Gläubiger da so müssen sie alle eine übereinstimmende Erklärung abgeben. Können sie sich nicht einigen, so finden die Vorschriften über Gesellschaft, Gemeinschaft oder Miterbenschaft (§§ 709 ff, 744 ff, 2032 ff) Anwendung. Solange der Gläubiger nicht ein ganzes Stück erhält, sind die Schuldner, auch die bereits geleistet haben, noch nicht frei. Ob überhaupt die generischen und Alternativ-Leistungen die Anrecht haben auf eine besondere Behandlung unter der Teilbarkeit der Leistungen, ist mir sehr zweifelhaft.[1] Denn die Wahl ist kein Teil der Leistung, sondern eine Bedingung, von der die nähere Spezialisierung des zu leistenden Gegenstandes abhängig ist. Unzweifelhaft ist diese Auffassung richtig für die Fälle der Alternativ-Leistungen, wo der Gläubiger die Wahl hat. Andererseits ist es ja auch möglich diese Leistungen als aus zwei Bestandteilen bestehend zu betrachten, einmal aus der Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung, zweitens zur Eigentumsübertragung. Ich ziehe jedoch die oben geäusserte Auffassung vor.

1) Vgl. Rümelin a. a. O. S. 209.

§ 13.

In eigenartiger Weise macht sich die Teilung „in partes pro indiviso der dinglichen Rechte geltend bei den Leistungen, die auf Bestellung eines Erbbaurechts gerichtet sind. Das Erbbaurecht ist das vererbliche und veräusserliche Recht auf oder unter einem fremden Grundstück ein Bauwerk zu haben. Da es völlig teilbaren Nutzen bietet, hatten wir es oben für teilbar erklärt.[1] Es ist durchaus möglich, dass mehreren Personen dies Recht zu Quotenteilen zusteht. Dennoch sind die Anfangsbestellungen eines Erbbaurechtes durchaus unteilbar. Es ist nicht denkbar, dass, wenn mehrere Eigentümer einem Dritten ein Erbbaurecht bestellen wollen, der einzelne Miteigentümer an seinem ideellen Grundstücksteile dies Recht zu einer Quote bestellt,[2] ebensowenig dass ein Grundstückseigentümer jedem einzelnen von mehreren Gläubigern das Erbbaurecht zu ideellen Anteilen bestellt. Das Erbbaurecht ergreift eben das Grundstück selber, das Grundstück bleibt ungeteilt, Teilbestellungen sind begrifflich undenkbar. Besteht aber das Erbbaurecht einmal, und ist ihm ein besonderes Grundbuchblatt eingeräumt, so steht es dem Eigentum innerhalb seiner Grenzen völlig gleich.[3] Von nun kann jeder von mehreren Erbbauberechtigten seine Quoten veräussern, sei es an eine Person, sei es an mehrere, sodass wieder neue Teilquoten entstehen. Es sind demnach, um es noch einmal zu wiederholen, Leistungen, welche auf Anfangsbestellung

1) Vgl. oben S. 35.

2) Vgl. Fischer-Henle. Anm. 1 zu § 1012.

3) Vgl. auch § 1015 und § 1017, 2 BGB. in denen zwischen Anfangsbestellung und ferneren Bestellungen unterschieden wird.

eines Erbbaurechts gerichtet sind, unteilbar, besteht das Erbbaurecht, bereits so können alle Weiterbestellungen quotenweise bewirkt werden.

Wenn z. B. eine Stadt zwei Wirten ein Erbbaurecht bestellen will, damit diese ein Etablissement errichten, so ist es nicht möglich, dass jedem einzelnen an einem Bruchteile des Grundstücks ein Erbbaurecht bestellt wird, haben die Wirte das Recht erworben, so kann jeder seine Rechtquote ganz oder zum Teil veräussern.

§ 14.

Da mit Ausnahme der körperlichen Innehabung der Besitz teilbar ist, so sind auch die auf Besitzübertragung mit Ausnahme der auf Übertragung der körperlichen Gewalt gerichteten Leistungen als teilbar anzusehen.[1] Wie oben[2] bereits betont, liegt die Bedeutung des „nudum factum possessionis" darin, dass es die Grundlage eines jeden Besitzes ist. Und da die gewollte Wirkung in den meisten Fällen nicht anders zu erzielen ist, als dass man diese Grundlage des nudum factum herstellt, dass man mit anderen Worten den Gegenstand körperlich überträgt, so sind in den meisten Fällen auf Besitzübertragung abzielende Leistungen unteilbar trotz Teilbarkeit des Besitzes.[3] Ganz besonders trifft dies zu bei den lediglich auf ein faktisches Übertragen gerichteten Leistungen, wo der Gläubiger nichts will, als die körperliche Innehabung der Sache, so in den Fällen des „restituere" und „reddere" des Depositars, Kommodatars, Mieters u. a.[3]

1) Vgl. oben, S. 40 f.
2) Über das unteilbare „fundum tradi" siehe unten S. 59. Anm.
3) Vgl. Ribbentrop a. a. O. S 129.

Andererseits sind Besitzübertragungsleistungen auch ohne Übertragung der körperlichen Innehabung möglich, wenn z. B. der vermietete Gegenstand an drittem Orte verbleibt, alsdann ist eine quotenweise Besitzübertragung an jeden einzelnen von mehreren Gläubigern zu erreichen.

§ 15.

Da für die Teilbarkeit des Besitzes kein Unterschied zwischen gemeinem Recht und BGB. zu machen ist, muss das oben in § 14 Gesagte auch für das BGB. aufrecht erhalten werden. Es muss jedoch noch des näheren auf eine Ansicht einiger Schriftsteller eingegangen werden, nach denen auf Besitzübertragung gerichtete Leistungen auf Grund des BGB. kraft Gesetzes als unteilbar anzusehen sind. Diese Behauptung stützt sich auf den § 432 Abs. I, Satz 2, der bei unteilbaren Sachleistungen Herausgabe der Sache an alle Gläubiger, oder auf Verlangen der Gläubiger Hinterlegung oder Abgabe an einem amtlichen Verwahrer bestimmt.

Im Anschluss hieran meint nun Schollmeyer,[1] an sich sei jede Besitzübertragung auf Grund des in § 868 anerkannten Mitbesitzes teilbar. Die Motive gäben keinen Aufschluss, man könne nur sagen, dass die Herausgabe einer einzelnen Sache als unteilbar behandelt wird. „Und weil die Herausgabe einer einzelnen Sache an sich teilbar ist — denn nachdem der Besitzbegriff in § 854 gegenüber dem gemeinrechtlichen geändert ist, lässt sich die auf Grund des

1 a. a. O. Anm. zu § 420.

l. 72 Dig. 45, 1[1] aufgestellte bisherige Unterscheidung zwischen Verschaffung eines bestimmten rechtlichen Verhältnisses und Verschaffung des körperlichen Innehabens nicht mehr aufrecht erhalten, — so kann es sich in § 432 Abs. I, Satz 2 nur um einen dispositiven Rechtssatz handeln". Die Verabredung müsse zulässig sein, die Herausgabe sukcessiv durch Einräumung des Mitbesitzes zu erfüllen.

Die gleiche Ansicht vertritt Planck: „Aus den allgemeinen Bestimmungen über den Besitz geht hervor, dass die Übergabe einer Sache eine teilbare Leistung ist. BGB. steht indessen auf einem anderen Standpunkt und betrachtet die Herausgabe einer Sache als unteilbar. Eine andere Disposition der Parteien ist aber wohl nicht ausgeschlossen".

Der diesen Meinungen zugrunde liegende Gedankengang ist, um es noch einmal zu wiederholen folgender:

1) An dieser Stelle zählt Ulpian einige unteilbare Obligationen auf und fährt fort: „idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit. utputa fundum tradi, vell. fossam fodiri, vel insulam fabricari, vel operas vel quid simile." Man hatte gemeinrechtlich in dem fundum tradi eine Ausnahme von der Teilbarkeit der Besitzübertragung sehen wollen, ja Dernburg (Pandekten II, S. 71) will die Unteilbarkeit des „fundum tradi" konsequent auf die Tradition einer jeden Spezies ausdehnen. Die herrschende und, wie ich glaube, einzig richtige Ansicht sieht in dem „fundum tradi" lediglich die körperliche Handlung der Besitzübertragung. Für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht einmal, dass der Oberbegriff „facere" für den das „fundum tradi" ein Beispiel sein soll, in seiner Hauptbedeutung körperliches Handeln bedeutet, ebenso aber auch die anderen nebengeordneten Beispiele. Schollmeyer meint nun, dass der auf Grund dieser lex festgelegte Unterschied zwischen Besitzübertragung und Übertragung der körperlichen Innehabung durch § 854 d. BGB. aufgehoben sei.

§ 432 Abs. I, S. 2 würde vollständig lauten: „Haben mehrere eine unteilbare Sachleistung zu fordern, so können die Gläubiger verlangen u. s. w."

Da aber an sich „jede" Besitzübertragung teilbar sei, so könne man nur sagen, das BGB. wolle, wenn es von unteilbaren Sachleistungen spricht, dieselben als unteilbar behandeln. Da durch eine solche Massnahme aber auch jede Quotenbesitzübertragung unmöglich würde, und ein solches nicht im Sinne des BGB. liegen könne, so müsse man diese Vorschrift als dispositive betrachten.

Was soll nun hier nach Schollmeyer und Planck Dispositiv-Vorschrift sein? Nicht etwa die Befugnis des einzelnen Gläubigers Hinterlegung oder Abgabe bei einem amtlichen Verwahrer für alle zu verlangen. Dies liegt so wie so im Belieben des Gläubigers und macht er von seiner Befugnis keinen Gebrauch, so kann der Schuldner nicht etwa jedem Gläubiger Quotenbesitz einräumen, dies ist unter der Voraussetzung einer unteilbaren Leistung nicht ausführbar. Schollmeyer und Planck wollen vielmehr, dass durch Partei-Disposition eine Besitzquoteneinräumung ermöglicht werde. Es soll also in dem stillschweigend zu § 432 Abs. I, S. 2 vorausgesetzten Satze: wenn eine Sachleistung unteilbar ist, eine Dispositiv-Vorschrift liegen. Diese Konstruktion ist jedoch, wie ich glaube, etwas gewagt. In der Deduktion dieser beiden Schriftsteller ist ein logischer Fehler enthalten, und auf einem anderen Wege kann man zu einem besseren Resultate gelangen.

Aus den Vorarbeiten zum BGB. lässt sich nicht

der Wille des Gesetzgebers erkennen, Sachleistungen als unteilbar anzusehen, das geben auch Schollmeyer und Planck zu. Vielmehr ist in den Motiven am Schluss der Erörterungen über den vorliegenden Paragraphen, in dessen damaliger Fassung allerdings der Satz 2 des heutigen § 432 Abs. I fehlte, ausdrücklich der Teilbarkeitsbegriff der Rechtswissenschaft überlassen.[1] Es wird nur erörtert, was im Falle unteilbarer Leistungen bei Gläubigermehrheit zu geschehen habe. Der Satz 2 des I. Abs. § 432 ist erst durch die zweite Kommission hinzugekommen und zwar ohne dass dabei besonders erwähnt wäre, dass das BGB. Sachleistungen als unteilbar ansehen wolle. Man kann nur daraus schliessen, dass die Kommission, wenn sie unteilbare Sachleistungen zur Voraussetzung der in Satz 2 § 432 Abs. I gemachten Bestimmungen machte, das Vorhandensein urteilbarer Sachleistungen annahm.

Nun behaupten Schollmeyer und Planck, an sich sei eine Sachleistung immer teilbar, und deshalb liege in dieser Voraussetzung der Wille sie trotzdem als unteilbar zu behandeln, und weil dies praktisch nicht durchführbar sei, müsse darin eine Dispositiv-Vorschrift enthalten sein.

Wenn BGB. sagt: „Haben mehrere Gläubiger eine unteilbare Sachleistung zu fordern, so können sie u. s. w.," so heisst das nicht eine Sachleistung ist unteilbar, sondern wenn eine Sachleistung unteilbar ist, so können u. s. w.

---

1) Motive S. 172.

Nun behaupten ja allerdings Schollmeyer und Planck, an sich sei jede Nachleistung teilbar und da hätte unser Satz so keinen Sinn.

Der Fehler in Schollmeyers Ansicht, die auch Planck stillschweigend zu vertreten scheint, liegt in der Behauptung, dass durch BGB., § 854 der Unterschied zwischen Verschaffung eines bestimmten, rechtlichen Verhältnisses und Verschaffung der körperlichen Innehahung aufgehoben sei. Denn tatsächliche Gewalt braucht keineswegs immer identisch zu sein mit körperlicher Innehaltung. Übertragung der körperlichen Innehabung kann nur durch Übertragung von Hand zu Hand geschehen, während die Übertragung der tatsächlichen Gewalt auch auf andere Weise geschehen kann. Dies geht einmal aus der Bestimmung des § 854, Abs. 2 hervor, und wenn es sich ferner um die Übertragung eines ideellen Teiles einer Sache handelt, so ist eine Übertragung von Hand zu Hand begrifflich ausgeschlossen. Dies würde nur durch Einräumung der Möglichkeit über einen Quotenteil zu verfügen, zu erreichen sein. Endlich besagt § 856 des BGB., dass der Besitz endigt durch Aufgabe der tatsächlichen Gewalt; wäre nun körperliches Innehaben und tatsächliche Gewalt dasselbe, so müsste beispielsweise der Vermieter, der dem Mieter die Sache übergibt, den Besitz verlieren, aber nach § 868 ist auch der andere (der Vermieter) Besitzer.[1]

1) Wollte man wirklich annehmen, dass in § 854 der Unterschied zwischen Verschaffung eines besimmten rechtlichen Verhältnisses und Verschaffung des körperlichen Innehabens aufgehoben sei, so könnte man daraus nur schliessen, dass auf Grund des § 854 alle Sachleistungen unteilbar sind, weil

Der Satz 2 des § 432, Abs. I hat lediglich den Sinn: „Wenn eine Sachleistung unteilbar ist, so können die Gläubiger u. s. w., nicht aber soll damit ausgedrückt werden, dass Sachleistungen immer unteilbar sind.

Wann eine Sachleistung im einzelnen unteilbar ist und wann nicht, ist Sache der wissenschaftlichen Untersuchung.

Eine Sachleistung kann nun entweder Besitzübertragung sein, als solche ist sie teilbar, oder wie wir gesehen haben, Übertragung der körperlichen Innehabung, dann ist sie unteilbar, weil sie in einem unteilbaren „facere“ besteht. Um körperliche Übertragung handelt es sich nun einmal in den Fällen der Rückübertragung einer Sache, die jemand in einem in § 868 bezeichneten Verhältnisse besitzt.[1] Hier kommt es dem Gläubiger gerade auf Übertragung der körperlichen Innehabung an. Ferner auch dann, wenn die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart haben, dass die Besitzübertragung durch körperliche Übergabe zu geschehen habe. Dann ist körperliche Übergabe so sehr Bestandteil der ganzen Leistung, dass sie Unteilbarkeit der Leistung bewirkt, mag es sich im übrigen um Besitz- oder Eigentumsübertragung handeln. Eine solche Übergabe von Hand zu Hand lässt sich bei mehreren Gläubigern nur durch Leistung von alle zugleich bewirken. Um aber Misslichkeiten, die durch

tatsächliche Gewalt gleich körperlicher Innehabung ist, nicht aber wie Schollmeyer, dass infolgedessen an sich alle Sachleistungen teilbar sind.

1 Vgl. hierzu die §§ 256, 596 u. 604 d. BGB.

Abwesenheit oder Chikane einzelner Gläubiger erzeugt werden könnten, vorzubeugen, bestimmt das BGB., dass jeder Gläubiger verlangen könne, dass die geschuldete Sache einem gerichtlich zu bestellenden Verwahrer, der gewissermassen die Gläubigermehrheit repräsentiert, übergeben werde.

Fasst man den § 432, Abs. I, S. 2 so auf, — und wie ich glaube, ist das der beabsichtigte Sinn,[1] — so kommt man nicht in die Verlegenheit, darin eine Dispositiv-Vorschrift zu suchen, um Quotenbesitzübertragung zu ermöglichen.

Ich möchte das Gesagte auch an zwei Beispielen erläutern:

1. Es mieten sich zwei Personen für einen Monat ein Reitpferd, das beim Vermieter stehen bleiben soll.

Die Leistung ist teilbar, es wird jeden von beiden Personen eine Besitzquote eingeräumt, es wäre widersinnig, eine Übergabe an einen Verwahrer zu verlangen.

2. Dieselben Personen mieten sich ein Pferd und bestimmen dabei, dass es ihnen zugeführt und körperlich abgeliefert werde.

Diese Leistung ist unteilbar, und hier hätte jeder Gläubiger die Rechte aus § 432, Abs. I, S. 2.

§ 16.

Das Pfandrecht ist, wie wir gesehen haben, teilbar, weil sein Wesen in der Berechtigung besteht, den verpfändeten Gegenstand durch Verkauf zu verwerten. Die Die Teilbarkeit der Leistungen, die auf Bestellung eines

1) Vgl. Matthiass a. a. O. S. 130; Enneccerus a a O. II, S. 342; Crome a. a. O. S. 39, Anm. 46.

Pfandrechts gehen, ist nicht angezweifelt worden. Sie wird dadurch bewirkt, dass die ganze Sache oder auch nur ein ideeller Teil[1] nach Quoten an mehrere Personen verpfändet wird.[2] Darin hat sich im BGB. nichts geändert. Auch der ideelle Anteil eines Miteigentümers kann Gegenstand eines Pfandrechts sein,[3] er kann also naturgemäss auch an mehrere Gläubiger verpfändet werden und es entsteht so ein geteiltes Pfandrecht. Nach Fischer-Heule's[4] Ansicht lässt sich per argumentum a contrario aus §§ 1095, 1106, 1114 schliessen, dass auch an ideellen Teilen anderer Art (zu denken ist z. B. an ideelle Niessbrauchsteile) Pfandrechte nicht ausgeschlossen sind. Dies dürfte richtig sein. Hypotheken dürfen jedoch nach § 1114 nur an einem im Miteigentum stehenden Grundstücksbruchteil bestellt werden.

In Bezug auf Leistungen, die Aufhebung eines Pfandrechtes bezielen, ist die Teilbarkeit nicht allgemein anerkannt. So nimmt Ubbelohde[5] die Teilbarkeit einer solchen Obligation für die passive Seite an, während er sie für die aktive Seite leugnet. Denn während der Schuldner wohl durch Quotenteile sein Pfandrecht tilgen könne, lasse sich die Restitution der verpfändeten Sache nicht quotenweise erreichen.

Wie aber die Bestellung des Pfandrechtes darin besteht, dass der Schuldner dem Pfandgläubiger eine Art Eigentumsbefugnis einräumt, welche sich in der

1) Vgl. Codex 8,20.
2) Vgl. v. Wächter a. a. O. S. 191
3) Vgl. BGB. § 1258.
4) a. a. O. § 1258 Anm 1.
5) a. a. O. S. 68.

Berechtigung zur Veräusserung und Einziehung des Erlöses äussert, so besteht die Aufhebung des Pfandrechts bei mehreren Pfandgläubigern in dem Verzicht auf dieses Recht zu einem Quotenteile seitens des einzelnen. Diese Leistung halte ich für ebenso teilbar, wie die Einräumung des Pfandrechts.[1] Zwar verbindet sich mit dem Sachpfandrecht nach gemeinem Recht in der Regel, nach BGB. stets die tatsächliche Innehabung, aber sie ergreift das Wesen des Pfandrechts nicht so, dass sie eine teilweise Aufhebung unmöglich macht. Unteilbar ist infolgedessen nur die Verpflichtung zur Restitution der Pfandsache (nach § 1223.)[2]

§ 17.

Für die Leistungen, welche eine Grunddienstbarkeit zum Gegenstande haben, würden wir nach dem oben gesagten[3] zu folgendem Resultate kommen. Im Allgemeinen sind die Servituten völlig unteilbar und ebenso die auf Servituten abzielenden Leistungen. „Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae, itineris, actus, aquaeductus, ceterarumque servitutium."[4] Die quotenweise Bestellung oder Aufhebung einer Grunddienstbarkeit zu Gunsten oder zu Lasten eines Miteigentümers ist ausgeschlossen.

1) Diese Ansicht vertritt, soweit ich beurteilen kann, auch Rümelin (a. a. O S. 190).

2) Daher betont v. Scheurl mit Recht, dass das Faustpfandrecht nur relativ teilbar ist, nur soweit es reines Rechtsverhältnis ist. a a. O. S. 107.

3) Vgl. oben S. 42—49.

4) Vgl. l. 72 pr. Dig. 45,1

Eine Teilung der Servituten kann nur eintreten bei Teilung des dienenden oder herrschenden Grundstücks, wenn die Grunddienstbarkeit selbst einen teilbaren Rechtserwerb liefert, wie z. B. Weide-, Torfstich-, Wasser-Servituten u. a.[1] Auf Grund der l 6, 1 Dig. 8, 6 müssen wir annehmen, dass, wenn das herrschende Grundstück geteilt wird, die Forderung des Eigentümers des dienenden Grundstücks auf Aufhebung der Dienstbarkeit, die sich vor Teilung des praedium dominans gegen diesen Alleineigentümer richtete, sich nunmehr gegen jeden Teileigentümer der neuen Realteile zu seinem Quotenteile richtet — nec amplius in ea re causae eorum fundorum miscentur. — Konsequenter Weise muss, wenn nach erfolgter Stipulation auf Bestellung einer Servitut das herrschende oder das dienende Grundstück geteilt wird, jeder Teileigentümer des praedium dominans vom Eigentümer des praedium serviens, bez. der Eigentümer des praedium dominans von den neuen Teileigentümern des geteilten praedium servicus seine Teilservitut einfordern können. perinde est, atque si abinitio duobus fundis debita est (scil servitus.) —

Dasselbe würde auch für das BGB. gelten müssen, wenn wir nicht aus dem § 1025 in Verbindung mit den Protokollen den Willen des Gesetzgebers erkennen müssten, den Grundsatz der Unteilbarkeit der Grunddienstbarkeiten und der auf sie gerichteten Leistungen auch auf diese Fälle auszudehnen.

Die Leistungen, die auf Bestellung oder Aufhebung von beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten oder im gemeinen Recht der Personalservitut der Usus

2) Nicht hingegen bei den Wegeservituten hier würde Vervielfältigung eintreten.

gerichtet sind, sind als unteilbar anzusehen. Denn, wie wir oben gesehen haben, stellt sich der Inhalt dieser dinglichen Rechte als die Befugnis, eine fremden Gegenstand in einem gewissen, sich nach den jeweiligen Bedürfnissen des Berechtigten richtenden Umfang zu benutzen, dar. Diese Rechte sind also unteilbar, weil ihr Umfang nicht ohne gleichzeitige Zerstörung des Inhalts geteilt werden kann.[1]

Ist eine persönliche Dienstbarkeit nicht auf die persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten eingeschränkt, was durch § 1091 erlaubt ist und darf sie nach § 1092, Satz 2 anderen überlassen werden, so sind die einschlägigen Leistungen teilbar. Es kann der Berechtigte seine Dienstbarkeit zwei anderen Personen je zu einem Quotenteile weiterbestellen.

Hat z. B. A die Berechtigung auf dem Grundstücke des B jährlich 200 Soden Torf zu stechen, so kann er diese Gerechtsamkeit auf C und D je zu einem Quotenteile, etwa zu 50 und 150, zu übertragen.

Hat A hingegen das Recht für seinen persönlichen Feuerungsbedarf Torf zu stechen, so ist eine teilweise Übertragung ausgeschlossen.

Teilbar sind ferner, die Leistungen, deren Inhalt ein Ususfruktus bildet. Eine quotenweise Bestellung und Aufhebung ist in jeder Richtung ausführbar. Unteilbar ist der Niessbrauch nur in Bezug auf die zur Fruchtziehung nötige körperliche Behandlung des Gegenstandes, in dieser Beziehung müssen die Mitberechtigten Vereinbarungen treffen. Da nun in sehr vielen Fällen die Fruchtziehung von dritten Personen besorgt wird,

1) Vgl. oben S. 50 f.

und jeder Niessbraucher lediglich seinen Fruchtanteil einzuziehen braucht, so ist insofern die Teilung des Niessbrauches ganz durchführbar. In diesem Sinne konnte Papinian sagen: „ususfructus et ab initio pro parte indivisa vel „divisa“ constitui potest.“ [1]

Die Teilbarkeit der auf Bestellung oder Aufhebung einer Reallast gerichteten Leistung richtet sich nach der Teilbarkeit der einzelnen Leistungen, die aus dem Grundstücke zu entrichten sind.

II. Abschnitt.

Teilbarkeit der Leistungen, die auf Bestellung, Aufhebung oder Veränderung eines obligatorischen Rechtes gerichtet sind.

§ 18.

Mit wenigen Worten lassen sich die mit der Begründung, Veränderung oder Aufhebung obligatorischer Rechte sich beschäftigenden Leistungen erledigen. Sie richten sich im Einzelfalle nach der Beschaffenheit des Forderungsrechtes. Es ist also auf das Übrige zu verweisen.

III. Abschnitt.

Teilbarkeit der auf einen physischen Erfolg gerichteten Bestimmungen.

§ 19.

Wir hatten uns bisher mit den Leistungen beschäftigt, welche die Bestellung, Veränderung oder Aufhebung eines Rechtes zum Inhalt hatten, es erübrigt

1) l. 5 Dig. 7,1.

noch, die auf eine „facere“ d. h. die auf eine physische Handlung gerichteten Leistungen einer näheren Betrachtung zu unterwerfen.

Um noch einmal das allgemeine Teilungsprinzip zu wiederholen, so sind Leistungen teilbar, wenn sie unbeschadet ihres Wesens und Wertes in qualitativ gleiche Teile zerlegt werden können, wenn der beabsichtigte Erfolg in Quoten zu erreichen ist. Die einzelne physische Körperbewegung ist begrifflich unteilbar. Der beabsichtigte Erfolg lässt sich meistens nur durch eine Reihe körperlicher Handlungen erzielen, wenn nun diese Handlungen untereinander und mit der ganzen beabsichtigten Handlung qualitativ gleich sind, so ist die physische Leistung teilbar. Fälle dieser Art sind Dienstleistungen, die den Charakter von Quantitäten an sich tragen, welche wie Ubbelohde[1] im Anschluss an l 54, Dig. 45, 1 sagt, wie Fungibilien nach Mass und Zahl bestimmt zu werden pflegen. Beispiele dieser Art sind, alle Akkordarbeiten, das Anfahren von 100 Fuhren Sand, die nach Seiten berechnete Abschrift einer Arbeit. Auch nach Zeit bestimmte Dienstleistungen werden in vielen Fällen teilbar sein, z. B. es verpflichtet sich jemand vier Stunden Gras zu mähen. Ist jedoch die Zeit individuell fixiert, so wird man mit Rümelin[2] annehmen, dass eine Teilung durch Zeit ausgeschlossen ist. Wenn beispielsweise jemand an einem bestimmten Tage gewisse Dienstleistungen zu verrichten hat, so würden „bei der Teilung die einzelnen Teilobligationen auf bestimmte Stunden des Tages verlegt werden müssen,

1) a. a. O. S. 60.
2) a. a. O S. 205.

sodass sich wieder eine Verschiedenheit der Teile ergibt."[1] Auch die Quellen sprechen sich in diesem Sinne aus.[2] Ein weiteres Beispiel für eine teilbare physische Handlung finden wir in der l 1, 36, Dig. 16, 3, wo der Jurist bestimmt, dass eine deponierte Geldsumme einem jeden Erben des Deponenten „pro parte hereditaria" restituiert werde. Ob diese Bestimmung konsequent auf alle Fungibilien ausgedehnt werden darf, wie Ubbelohde meint,[3] ist zweifelhaft; vielleicht beurteilt man die Frage besser nach dem einzelnen Falle,[4] wie denn überhaupt bei allen diesen fungibilen Dienstleistungen jedesmal in concreto zu untersuchen ist, ob die Teilung ohne Schädigung des Wertes der Leistung vor sich gehen kann.

Unteilbar sind alle nicht fungibilen Leistungen und solche, deren Umfang von vorneherein nicht bestimmt ist.[5] Verpflichtet sich beispielsweise A. für den B., das auf dessen Acker liegende Korn von unbestimmter Menge einzufahren, so ist die Leistung unteilbar, da sich „das Quantum der geschuldeten Arbeit nicht im Voraus, sondern erst dann bestimmen lässt, wenn das gewünschte Resultat eingetreten ist",[6] wenn also das ganze Korn eingefahren ist. Derartige Leistungen werden aber wohl meistenteils als „opus" aufzufassen

1) Rümelin a. a. O. S. 206.

2) Vgl. l 3 § 1 Dig. 38, Poponius. hec pax operae per horas solvi potest, quia id est oficii aineni, ferner l. 15 § 1 Dig. 38,1.

3) a. a. O. S. 60.

4) Dieser Ansicht ist Rümelin a a. O. S. 204.

5) Rümelin a. a. O. S. 197 f.

6) Vgl. Savigny a. a. O. S. 333 v. Scheurl a. a. O. S. 73.

sein, dann ist gewollte Wirkung, dass ein gewisser Erfolg hergestellt werde, also in unserem Beispiel, dass das gesamte Korn fortgeschafft werde. Werkverträge werden nun allgemein als schlechthin unteilbar angesehen.[3] So sagt v. Scheurl: „Das opus facere ist stets unteilbar, weil es eine Handlung ist, durch welche eine einzige physische Wirkung als Einheit hervorgehracht werden soll, und die Handlungen samt ihren gewollten Wirkungen, durch deren Reihe sie so hervorgebracht werden soll, meist schon untereinander nicht gleichartig, jedenfalls aber ihre Wirkungen von völlig anderer Beschaffenheit sind, als die Gesamtwirkung, welche das opus facere herstellen soll.“ Die Auffassung, dass jedes opus facere unteilbar sei, leitet sich jedenfalls aus den Quellen her.[1] In den allermeisten Fällen, glaube ich, entspricht diese Auffassung der Wirklichkeit, ein teilweise hergestelltes Werk wird meist nicht gleichartig zum ganzen sein. So ist ein halb gemaltes Bild kein Bild, ein halb gebautes Haus kein Haus. Dennoch kann man m. E. bei gewissen Werkverträgen Teilbarkeit annehmen, wenn das teilweise hergestellte Werk dem Ganzen qualitativ gleich ist. Dies ist der Fall, wenn z. B. A. einen Sack Mehl zum Bäcker schickt, damit ihm dieser zehn Brote daraus backt, so hat der Bäcker, wenn er aus einem Teil des Mehles ein Brot gebacken hat, einen Erfolg hergestellt,

1) Vgl l. 80 § 1 Dig. 35,2. sed si opus municipibus heres facere iussus est, individuum videtur legatum: neque enim ullum, balineum aut ullum theatrum, aut ullum stadium fecisse videtur, qui ei propriam formam, quae ex consummatione contingit, non dederit
ferner l. 85 § 1 Dig. 45,1.

der dem ganzen herzustellenden Erfolge völlig gleichartig ist. Ein anderes Beispiel ist: Jemand gibt einem Schuhmacher ein Stück Leder, damit dieser zwanzig Paar Stiefel daraus anfertigt. Hier liegt der Fall ebenso.[1]

Zu erwähnen ist noch, dass, wenn bei einem unteilbaren Werkvertrage mehrere Personen durch gänzlich von einander verschiedene Handlungen zur Herstellung des Werkes mitwirken, wie z. B. bei einem Hausbau Maurer, Zimmermeister, Tischler u. s. w., diese Handlungen völlig für sich zu betrachten sind.

Der Gläubiger würde denn auch nicht die Leistung eines solchen Schuldners, wenn das ganze Werk infolge der versagten Mitwirkung eines anderen nicht zu Stande kommt, als unzulässige Teilleistung zurückweisen können. Anders liegt die Sache, wenn ein Bauunternehmer den Bau eines ganzen Hauses übernimmt. Unter dem Gesichtspunkte des Werkvertrages sind auch in Botengängen bestehenden Leistungen zu betrachten, obgleich man sagen kann, dass ein solcher Weg sich durch eine Menge gleichartiger Handlungen, durch eine Menge Schritte vollzogen wird. Die gewollte Wirkung ist aber hier, dass nach einem bestimmten Orte gegangen werden soll, sie wird nicht erreicht dadurch, dass etwa heute die Hälfte der nach dem Orte nötigen Schritte, morgen die andere Hälfte geht. Unteilbar sind ferner die sich aus dem Maklervertrage ergebenden Verpflichtungen zum Nachweis

1) Nicht hierher gehören die sogenannten Werklieferungsverträge des BGB., bei denen „vertretbare" Sachen aus eignem Material hergestellt werden. Hier ist lediglich Eigentum zu übertragen und aus diesem Grunde sind diese Leistungen teilbar.

oder Vermittelung von Geschäften, denn die Tätigkeit des Mäklers setzt sich aus einer Reihe verschiedenartiger physischer Handlungen zusammen. In gleicher Weise ist die Aufbewahrungspflicht des Depositars[1] unteilbar. Auch alle in Willenserklärungen bestehenden Leistungen sind als unteilbar anzusehen. Denn wer sich verpflichtet, eine Willenserklärung abzugeben, verpflichtet sich zu einer physischen Handlung. Wenn der Verpflichtete nach erfolgter Stipulation aber vor Abgabe der Willenserklärung stirbt, so kann die Verpflichtung sich nicht unter die Erben teilen, vielmehr müssen alle Erben bei Abgabe der Willenserklärung zusammen wirken. Nicht hiermit zu verwechseln sind die sich aus bereits abgegebenen Willenserklärungen ergebenden Verpflichtungen, diese können je nach ihrer Beschaffenheit bald teilbar, bald unteilbar sein. Solche in der Abgabe von Willenserklärungen bestehenden Leistungen sind beispielsweise Verpflichtungen zum Anerkenntnis,[2] zum Vergleich, zur Rechnungsablegung,[3] ferner zu allen schriftlichen Willenserklärungen wie z. B. zur Ausstellung von Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen, Anweisungen, Schuldverschreibungen auf den Inhaber, Wechseln und ähnliche Fälle.

Besondere Betrachtung verdienen die sich aus dem Mandat ergebenden Leistungen, die vielfach[4] als

1) Vgl. Fischer-Henle Anm. 4 zu § 689. Denn Aufbewahren setzt eine Tätigkeit voraus".

2) Anerkenntnis ist nach Windscheid: „Erklären, dass etwas wahr sei".

3) Vgl. Dernburg BGB. S. 106.

4) Ribbentrop a. a. O. S. 149.

schlechthin unteilbar angesehen werden. Der Beauftragte verpflichtet sich den übernommenen Auftrag pünktlich[1] auszuführen, den beabsichtigten Erfolg herbeizuführen, nicht aber wie Hartmann[2] behauptet, „sich im Dienst der Herstellung des Erfolges zu bemühen". Der Auftrag kann wohl ein sich Bemühen zum Inhalt haben, aber meist kommt es nicht aufs Bemühen, sondern auf die Ausführung einer Handlung an, die vollkommen in der Machtsphäre des Mandatars liegt, wenn z. B. jemand das Aufgeben einer Depesche übernimmt. Daher glaube ich, dass die Teilbarkeit des Mandats danach zu beurteilen ist, ob die gewollte Wirkung in Teilquoten zu bewirken ist.[3] Eine an sich teilbare Leistung kann dadurch unteilbar werden, dass der Auftrag, wie es häufig der Fall sein wird, streng persönlich ist, der beabsichtigte Erfolg sich nur durch den Beauftragten realisieren lässt.

Nun aber bestimmt das gemeine Recht Solidar-Haftung mehrerer Mandatare.[4] Ribbentrop[5] behauptet, dies erkläre sich aus der natürlichen Ansicht, dass die Erfüllung eines Mandats etwas Unteilbares sei, warum diese Ansicht so natürlich ist, setzt er nicht auseinander. Ich glaube vielmehr, dass diese Bestimmung getroffen ist zum bessern Schutz des Gläubigers; denn die Absicht dem Mandanten einen weitgehenden Schutz zu gewähren, zeigt das gemeine Recht darin, dass es den Einzel-Mandatar für „omnis culpa" haften lässt. Aus diesem

1) Vgl. Windscheid a. a. O. S. 148 f.
2) a. a. O. S. 216.
3) Vgl. Rümelin a. a O. S. 207.
4) Vgl. l 60, 2, Dig. 17, 1.
5) a. a. O. S. 148.

Grunde haften auch bei sonst teilbaren Mandatsleistungen die Schuldner zu besserem Schutze des Gläubigers solidarisch.[1]

Das BGB. hat, abgesehen von den im § 427 enthaltenen allgemeinen Bestimmungen über die Gesamthaftung mehrerer sich gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung Verpflichtenden eine derartige Bestimmung nicht übernommen. Der Beauftragte verpflichtet sich, das übertragene Geschäft unentgeltlich zu besorgen. Es ist auch hier im Einzelfall zu untersuchen, ob die gewollte Wirkung teilbar ist.

b.
Die negativen Leistungen.
§ 21.

Unter den negativen Leistungen, d. h. unter solchen Leistungen, in denen sich der Schuldner zu einem Unterlassen verpflichtet, gibt es zunächst solche, die auf ein einmaliges, sozusagen momentanes Nichttun gerichtet sind, wie z. B. nicht mit einem bestimmten Schiffe an einem bestimmten Tage zu fahren, nicht an einer Preisbewerbung teilzunehmen. Diese Verpflichtungen sind begrifflich nur einmal übertretbar, denn der Schuldner soll ein einziges Mal etwas nicht tun; mit dem bestimmten Schiffe an einem bestimmten Tage kann man nur einmal fahren, nur einmal kann man sich an einer Preisbewerbung beteiligen. Infolgedessen ergibt sich schon daraus die Unteilbarkeit einer solchen Leistung.

1) Zu vergleichen ist hiermit die Gesamthaftung mehrerer Mitbürgen nach BGB. § 769, ebenso die Gesamthaftung der Miterben.

Eine negative Obligation kann jedoch auch so beschaffen sein, dass der Schuldner zu einem immerwährenden Nichttun verpflichtet ist, dass er gleichsam nien als aus seiner Haftung befreit wird, z. B. A verpflichtet sich, die 100 Mk. die ihm B aus einem Darlehn schuldet, niemals einzuklagen; oder A verpflichtet sich einem unter ihm wohnenden Lehrer gegenüber, jeden Morgen von acht bis zehn Uhr nicht Klavier zu spielen.

Bei unserm ersten Beispiel wird der Normalfall der Übertretung sein, dass A die 100 Mk. einklagt, denkbar ist, dass er etwa einen Teilbetrag einklagt. Auch in diesem Fall ist der Vertrag als gebrochen anzusehen. Denn die Parteien haben offenbar einen Vertrag abschliessen wollen dahingehend, dass dieses Darlehnsverhältnis niemals zur Begründung einer Klage benutzt werden solle, dass also niemals auch nur ein Pfennig eingeklagt werden solle. Der Vertrag, 100 Mk. nicht einzuklagen, enthält also eine unendliche Menge Verpflichtungen, nämlich zu keiner Zeit je nur den geringsten Teilbetrag einzuklagen. Niemals etwas tun heisst aber unendlich oft nicht den allerkleinsten Teil dieses etwas tun.

Ebenso ist in unserm zweiten Beispiele der Vertrag übertreten, wenn der Verpflichtete selbst nur eine Minute während der betreffenden Zeit Klavier spielt. Auch dieser Vertrag enthält unendlich viele Verpflichtungen nicht Klavier zu spielen.

Geht nun z. B. in unserm ersten Fall die Verpflichtung, die 100 Mk. nicht einzuklagen, auf mehrere Erben über, so tritt keine Teilung ein, sondern jeder erbt die ganze Verpflichtung; jeder muss unendlich oft

nicht einklagen. Denn mag man unendlich noch so oft teilen es ergibt immer wieder unendlich. Es ist aber begrifflich unmöglich, von einer Teilung zu reden, wenn die einzelnen Teile jeder gleich dem Ganzen sind. Aus diesem Grunde sind die negativen Leistungen unteilbar, denn das Negative ist, wie wir eben auseinandergesetzt haben, das unendliche Nichts, das geteilt immer unendliches Nichts bleibt. Treten also an Stelle des ersten Einzelschuldners bei einer negativen Obligation mehrere andere, so tritt nicht Teilung sondern Vervielfältigung des Schuldverhältnisses ein.

Es mag den Anschein haben, als ob die Verpflichtung 100 M. nicht einzuklagen z. B. aus 100 Verpflichtungen je eine Mark nicht einzuklagen bestehe, und wenn sich die Verpflichtung vererbt, jeder von zwei Erben 50 M. nicht einklagen solle. Dies ist aber ein Trugschluss, niemals 100 M. einklagen, heisst unendlich oft diese 100 M. nicht zum Gegenstande einer Klage machen. Die Hinzufügung der Summe geschieht hier nur, um das Rechtsverhältnis, aus dem nicht geklagt werden soll, die Handlung, die nicht vorgenommen werden soll, näher zu spezialisieren. Dieses eben angeführte Beispiel jedoch führen die Quellen als typischen Fall teilbarer negativer Leistungen an. In der vielumstrittenen l 14, 1 Dig. 45, 1 heisst es: „at si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti „amplius non agi," tum eum heredem, qui adversur ea fecit pro portione sua solum poenam committere." Hingegen war im Satze vorher gesagt: „ab omnibus (poenam committere), si id factum, de quo cautum est, individuum sit veluti: iter

fieri, quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videretur." Dieses „iter fieri" wird in einem späteren Satze näher mit „per te non fieri, quominus ire agere liceat," bezeichnet.

In einem Falle wird also die negative Verpflichtung „nicht zu klagen" als teilbar, im anderen Falle die negative Verpflichtung „eine Servitut nicht zu stören", als unteilbar bezeichnet, und demnach der Verfall der Konventionalstrafe bestimmt. Verallgemeinert sollen negative Leistungen, die in der Positive teilbar sind, mithin also scheinbar zu einem Teil übertreten werden können, teilbar, negative Leistungen, die in der Positive unteilbar, unteilbar sein.

Dem römischen Juristen hat sich die überwiegende Mehrzahl der gemeinrechtlichen Schriftsteller angeschlossen. So meint auch Savigny,[1] dass es lediglich auf die natürliche Teilbarkeit oder Unteilbarkeit des Gegenstandes der Leistung ankäme, worunter er also die Handlung versteht, die unterlassen werden soll. Ähnlich erklärt v. Vangerow[2] „wenn durch die obligationswidrige Handlung des einzelnen Schuldners das Forderungsrecht des Gläubigers nur teilweise verletzt wird, sodass er also den anderen Schuldnern gegenüber im vollkommenen Genusse desselben bleibt," die negativen Leistungen für teilbar; wenn hingegen die obligationswidrige Handlung des einzelnen Schuldners das Recht des Gläubigers in seiner Totalität ergreift, so ist die negative Leistung nach Vangerow unteilbar.[1]

1) a. a. O. S 343 ff.

2) a. a. O. S. 11 ff.

1) Diese Ansicht vertreten ferner: Baron a. a. O. S. 438. „Ausnahmen von der Unteilbarkeit der negativen Obligationen:

Nach meiner oben auseinandergesetzten Ansicht ist die teilweise Verletzung einer negativen Verbindlichkeit begrifflich unmöglich, da jeder Schuldner auch bei den Handlungen, die positiv teilbar sind, die Verpflichtung übernimmt, unendlich oft etwas nicht zu tun, und sobald ein Schuldner dem Verbot zuwider handelt, ist das Recht des Gläubigers eben in seiner Totalität verletzt. Ich glaube, dass es nur das Beispiel „hundert Mark nicht einzuklagen" ist, welches in die Irre führt. Nehmen wir folgendes Beispiel, welches jenem vollkommen gleichartig ist: Der Fuhrmann A verpflichtet sich seinem Konkurrenten B gegenüber, die 100 Fuhren Sand, welche der Arbeitgeber C zum Abfahren ausbietet, nicht zu fahren. Hier wird es ohne weiteres klar, dass die Zahl nur zur näheren Bezeichnung der zu unterlassenden Handlung dienen soll, und die Obligation verletzt ist und zwar in ihrer Totalität, wenn A dem C nur eine Fuhre Sand abfährt. Man muss von Quantitäten in der Negation vollkommen abstrahieren.

Noch etwas ist zu widerlegen, was scheinbar für die gegnerische Ansicht spricht, und was auch Windscheid für dieselbe ins Feld führt. Er sagt, was man halb tun könne, könne man auch halb unter-

Obligation auf Vornahme des Erlasses einer teilbaren Obligation, auf Nichteinklagung eines teilbaren Rechtes. Dernburg: Pandekten S. 71, BGB. S 107, Obligationen auf ein „non facere" regelmässig unteilbar. Unter den Schriftstellern zum BGB. Crome a. a. O. II, S. 39. Eine Unterlassung ist teilbar, soweit auch der entsprechende rechtliche Anspruch geteilt werden kann oder soweit die Verletzung des für den Gläubiger mit der Obligation verknüpften Vorteils zum entsprechenden Teil nicht eingetreten ist. Matthiass a. a. O. S. 330. Leistungen auf ein Unterlassen sind regelmässig unteilbar, Ausnahmen möglich.

lassen, daher seien die negativen Leistungen, die man positiv halb tun könne, auch teilbar. Es lässt sich nicht leugnen, dass, wenn ich etwas halb tue, es begrifflich damit verbunden ist, dass ich die andere Hälfte unterlasse. Bei der juristischen Teilung sollen jedoch die Teile gleich sein und die Hälfte, die man tut, ist keineswegs gleich der Hälfte, die man unterlässt, vielmehr sind erst zwei gleiche Teilleistungen vorhanden, wenn die andere Hälfte auch geleistet wird. Das Gleiche gilt bei der Verpflichtung zum Unterlassen. Wenn von mehreren Schuldnern der eine Schuldner die Handlung, die unterlassen werden soll, zum Teil vornimmt, so ist seine Tätigkeit nicht gleich derjenigen der anderen Schuldner, die unterlassen. Zum Teil unterlassen kann für uns nur den Sinn haben, dass, wenn eine Handlung von mehreren unterlassen werden soll, jeder sie zum Teil nicht vornimmt. Da aber jeder von mehreren Schuldnern ebenso wie der Einzelschuldner die Verpflichtung hat, unendlich oft etwas nicht zu tun, so hat es keinen Sinn, von teilweisem Unterlassen zu reden. Wenn man aber von einem teilweisen Unterlassen spricht im Gegensatze zu einem teilweisen Tun, so gehört das nicht hierher.

Hierauf weist auch Rümelin hin, der, ebenso wie v. Scheurl, energisch für die Unteilbarkeit negativer Leistungen eintritt. Soviel ich gefunden habe, sind diese beiden Schriftsteller die einzigen gemeinrechtlichen Vertreter der Ansicht, dass negative Leistungen unteilbar seien. Rümelin[1] sagt: „In der Negation, dem Verbot sind Grössenverhältnisse nicht

1) a. a. O. S. 207 ff.

vorhanden, es ist deshalb auch jede Möglichkeit einer Teilung ausgeschlossen. Eine Teilung könnte hier nur in der Weise stattfinden, dass die verbotene Handlung geteilt wird, sodass sie zum Teil erlaubt, zum Teil verboten ist. Eine derartige Teilung ist aber durch das Prinzip ausgeschlossen, dass die Teilobligationen zu demselben Resultat führen sollen, wie die Gesamtobligation."[1] v. Scheurl[2] betont, dass der nächste Zweck einer negativen Obligation die beständige Erhaltung, d. h. Nichtveränderung eines dem Gläubiger erwünschten Zustandes sei. „Da dieser Zustand durch den allerkleinsten Teil der Tätigkeit, welcher sich der Gläubiger enthalten soll, aufgehoben wird, so erhellt schon daraus die Unteilbarkeit dieser Obligation." Wenn von mehreren Schuldnern jeder die Übertragungshandlung nur zum Teil vornehmen könne, so bewirke das nur scheinbar eine Teilung, „es trete in Wahrheit nichtsdestoweniger Vervielfältigung ein".

Wie gesagt, stehen Rümelin und v. Scheurl mit ihrer Ansicht unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern ziemlich einsam da, erst in allerneuester Zeit hat die Überzeugung, dass negative Leistungen nicht teilbar sein können, mehr und mehr Anhänger gefunden. So finden wir die Ansicht bei Schollmeyer,[3] Endemann[4] und Oertmann.[5]

1) Vgl. hierzu das oben auf S. 81 Gesagte.

2) a. a. O. S 75 f. u. S. 99 ff.

3) a. a. O. S. 421.

4) a a. O. S. 516. Teilbarkeit ist schlechthin ausgeschlossen bei Schuldverpflichtungen auf ein Unterlassen.

5) a. a. O. Vorbemerk. zu § 420. „Sie (die nagativen Leistungen) sind vom praktischen Standpunkte aus wohl überall unteilbar, ein halbes Unterlassen ist kein Unterlassen.

Anhang.

§ 21.

Mit wenigen Worten möchte ich noch die bedingten Leistungen berühren, die in der Teilbarkeitslehre von manchen Schriftstellern gleichwertig neben die anderen Obligationen gestellt sind.[1] Man verbindet jedoch hier mit dem Ausdruck Teilbarkeit einen anderen Begriff, und insofern muss man Rümelin[2] unbedingt Recht geben, der es für falsch erklärt, dieser Erörterung in der Teilbarkeitslehre der Obligationen einen Raum zu gönnen. Wir verstanden bisher unter Teilbarkeit einer Leistung die Möglichkeit, den beabsichtigten Erfolg quotenweise herbeizuführen. Die Bedingung gehört jedoch nicht in diesem Sinne zum beabsichtigten Erfolge, sie ist vielmehr eine Nebenbestimmung und hat die Bedeutung, dass erst nach ihrem Eintritt die Leistung existent wird, der Gläubiger erst dann ein Forderungsrecht erwirbt. Sie kann aber nie bestimmend dafür sein, ob eine Leistung in unserem Sinne teilbar ist, oder nicht. Auch Ubbelohde[3] erwähnt, dass „die Teilbarkeit der Leistung, worauf solche Obligationen verfallen, sich nach allgemeinen Grundsätzen richte". Spricht man jedoch von Unteil-

2) Vgl. Ubbelohde a. a. O. S. 118—146, v. Scheurl, S. 81 ff.
3) a. a. O. S. 209.
1) a. a. O. S. 118.

barkeit einer bedingten Leistung, so meint man damit, dass die Bedingung erst voll eingetreten sein muss, damit das Recht auf die Leistung zur Entstehung kommt.[1] Von Teilbarkeit in diesem Sinne würde man also sprechen, wenn sich an einem teilweise erfolgten Bedingungseintritt der Anspruch an einen entsprechenden Leistungsteil knüpfte, wenn mit anderen Worten sich die ganze bedingte Leistung in einzelne bedingte Leistungen spaltet und die einzelnen Bedingungen zusammen gleich der ganzen Bedingung und die einzelnen Leistungen zusammen gleich der ganzen Leistung sind. Voraussetzung hierfür ist, dass sowohl Leistungen „in solutione", wie Leistungen „in condicione" teilbare Handlungen in unserem Sinne sind. Die Fälle der kasuellen Bedingung, deren Eintritt der Macht der Kontrahenten entzogen ist, kommen also nicht in Betracht.

Man wäre auch wohl nicht auf diese Art von Teilung verfallen, wenn sie sich nicht scheinbar aus den Quellen nachweisen liesse.

Die Leistung kann nun bedingt sein, einmal durch eine Handlung bez. Nichthandlung des Gläubigers, ferner durch eine Handlung bez. Nichthandlung des Schuldners, letzteres ist der Fall der Konventionalstrafe.

Dafür, dass im ersteren Falle eine solche Spaltung der ganzen bedingten Leistung eintritt, findet sich scheinbar in den Quellen ein Beispiel. In l 56, Dig. 35, 1 heisst es: „cui fundus legatus est, si decern dederit, partem fundi consequi non potest, nisi totam pecuniam dederit, dissimilis est causa cum duobus eadem res sub condicione legata est: in hac enim quaestione statim

a testamento, quo pluribus condicio adposita est, divisa quoque in singulas personas videri potest, et ideo singuli pro sua parte et condicioni parere et legatum capere possunt. — — — in eo vero, quod uni sub condicione legatum est, scindi ex accidenti non debet, et omnis numerus eorum, qui in locum eius substituuntur, pro singula persona est habendus."

Dass in diesen Fällen nicht schlechthin Teilung des bedingten Legates eintritt, geht aus obiger Stelle klar hervor, denn sonst müsste dies auch bei Eintritt mehrerer in die Stelle der Legatars durch Erbgang geschehen; aber durch einen Zufall (ex accidenti) kann die Bedingung nicht geteilt werden. Es soll nur in solchen Fällen, in denen der Erblasser mehrere Personen unter einer teilweise durch jeden Legatar zu erfüllenden Bedingung eingesetzt hat, der Wille des Erblassers so interpretiert werden, als ob er jedem einzelnen bedingt vermacht und nur aus Bequemlichkeit die kürzere Form gewählt habe. Eine Unterstützung findet diese Auffassung in l 112, 2 eod., wo Pomponius in Bezug auf ein gleiches Verhältnis sagt: „et haec humanius interpretari solimus."

Bei Eintritt einer Mehrheit von Legataren durch Erbgang ist für eine derartige Interpretation kein Raum, da der Wille des Erblassers sich auf den Einzel-Legatar richtete. Diese Auslegung dürfte übrigens auch bei gleichartigen Fällen nicht allein beim Legat möglich sein. Das BGB. gibt uns in § 133 eine Handhabe in gleicher Weise zu verfahren.

Falsch ist es jedoch, dass bei Teilbarkeit der Leistung in condicione und der Leistung in obligatione

und einer Mehrheit von Schuldnern oder Gläubigern eine ipsojure-Teilung der ganzen bedingten Leistung in mehrere bedingte Leistungen eintritt. Will man von Teilbarkeit der bedingten Leistungen in diesem besonderen Sinne reden, so kann man nur sagen, bedingte Leistungen sind unteilbar, denn es muss grundsätzlich die Bedingung erst voll eingetreten sein, ehe die Leistung zur Entstehung gelangen kann.

Bei der zweiten Gruppe der bedingten Leistungen ist die Leistung bedingt durch die Erfüllung oder Nichterfüllung einer in der Hand des Schuldners liegenden Leistung, es ist also der Fall der Konventionalstrafe. Mit Rücksicht auf die l 4, Dig. 45, 1 wollen Ubbelohde und v. Scheurl[1] annehmen, dass, wenn die Möglichkeit die auferlegte Bedingung zu erfüllen, sich unter die Erben pro portione hereditaria spaltet, der Gläubiger auch nur einen Teil der Konventionalstrafe von dem Erben, der die Bedingung nicht erfüllt hat, fordern kann.[2] Selbst wenn man dies annimmt, so liegt hierin keineswegs ein Beweis für die Teilbarkeit bedingter Leistungen. Es ist vielmehr folgendermassen aufzufassen. Das, was hier als Leistung in condicione erscheint, ist eigentlich Leistung in obligatione und ist diese Leistung in obligatione teilbar, so spaltet sie sich bei Erbübergang auf eine Schuldner- oder Gläubiger-

1) Näher auf diese vielfach umstrittene und interpretierte lex einzugehen, liegt nicht im Zweck dieser Arbeit. Vgl. Ubbelohde S. 129 ff., v. Scheurl S. 82 ff.

2) Vgl. l. 4,1 Dig. 45,1. at si des eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti„ amplius non agi", tum eum heredem, qui adversus ea fecit, pro portione sua solum poenam committere. Vgl. aber auch dagegen l. 25 § 13 Dig fam. erc. 10,2.

Mehrheit ipso iure in mehrere vollkommen selbständige Leistungen.[1] Kommt einer der Schuldner oder der Schuldner einem Gläubiger gegenüber seiner Verpflichtung nicht nach, so verfällt auch nur der entsprechende Teil der Konventionalstrafe. Für das heutige Recht kommen derartige Fälle infolge der in §§ 2032 und 2058 bestimmten Gesamthaftung der Erben nicht mehr vor.

Es darf aber nicht vergessen werden, dass, wenn man von Unteilbarkeit der bedingten Obligationen redet, man damit eine andere Bedeutung verbindet, als diejenige hat, welche man auf Leistungen anzuwenden pflegt.

1) Denn da es sich hier um die primäre Leistung in obligatione handelt, kommt der Grundsatz, „nomina ipso iure sunt divisa“ in Anwendung. Vgl. v. Scheurl S. 86 f.

Schluss.

§ 22.

Die rechtliche Bedeutung des Unterschiedes zwischen Teilbarkeit und Unteilbarkeit einer Leistung besteht darin, dass eine teilbare Leistung sich in mehrere Teilleistungen spalten kann, dass sie ferner durch teilweise Erfüllung zum Teil untergehen kann, während dies alles bei unteilbaren Leistungen nicht eintreten kann.

Die Spaltung der teilbaren Leistung geschieht nun dadurch, dass mehrere Personen auf aktiver oder passiver Seite an der Obligation teilnehmen. Eine solche Teilnahme mehrerer Personen kann nur von vornherein durch Vertrag ausgemacht sein, es kann aber auch an Stelle eines ursprünglichen Einzelgläubigers oder Schuldners eine Gläubiger- oder Schuldner-Mehrheit eintreten; und zwar auf beiden Seiten durch Erbgang, ferner auf aktiver Seite durch Zession an Mehrere, auf passiver Seite durch Schuld übernahme Mehrerer.

In allen diesen Fällen lässt das gemeine Recht im Allgemeinen eine Teilung der Leistung in mehrere unabhängige Teilleistungen eintreten. Dies galt besonders beim Vorhandensein mehrerer Erben; Erbschafts-

forderungen und Erbschaftsschulden teilen sich schlechthin ipso iure unter die Erben. Ebenso häufig jedoch sind die Fälle der Korralität und Solidarität, wo durch Vertrag oder Gesetz trotz teilbarer Leistung angeordnet ist, dass jeder Gläubiger das Ganze verlangen kann, bez. jeder Schuldner das Ganze zu bewirken hat.

Das BGB. bestimmt Teilung der teilbaren Leistung in § 420, falls nichts anderes ausgemacht ist. Jeder Schuldner bez. jeder Gläubiger ist zu gleichem Anteil verpflichtet bez. berechtigt. Jedoch ordnet § 427 die Gesamthaftung mehrerer sich gemeinschaftlich Verpflichtender an. Demnach wird zwar bei Gläubiger-Mehrheit stets Teilung eintreten, wenn nichts anderes vereinbart ist, bei Schuldner-Mehrheit hingegen nie bei Neu-Begründung einer Schuld, sondern nur, wenn sich die Schuld auf Mehrere vererbt hat und bereits Nachlassteilung eingetreten ist. Denn die „ipso iure"-Teilung der Erbschaft-Forderungen und Verbindlichkeiten ist einer Gesamthaftung bez. Gemeinschaftsverhältnis der Erben bis zur Erbschaftsteilung gewichen.[1] Auch in anderen Fällen, wo das gemeine Recht Teilung gestattete, so z. B. bei mehreren Mitbürgen, tritt heute Gesamthaftung ein. Jedoch selbst in den Fällen der Gesamthaftung macht sich der Unterschied zwischen Teilbarkeit und Unteilbarkeit geltend, da es dem Gläubiger nach § 421 freisteht, die Leistung von jedem Schuldner zu einem Teile zu fordern, bei unteilbaren Leistungen ist dies begrifflich unmöglich.

Der Unterschied zwischen Teilbarkeit und Unteil-

1) Vgl. BGB. §§ 2060, 2061.

barkeit der Leistungen ist auch da von Bedeutung, wo sich nur ein Schuldner und ein Gläubiger gegenüberstehen. Hier ist bei teilbarer Leistung eine teilweise Erfüllung an sich möglich. Jedoch bestimmt das BGB. in § 266 in Übereinstimmung mit dem römisch-gemeinen Recht[1] im Interesse des Gläubigers, dass der Schuldner zu Teilleistungen nicht berechtigt ist. Der Gläubiger kann also, ohne in Annahmeverzug zu geraten Teilleistungen zurückweisen.

Dieser Grundsatz erleidet jedoch Ausnahmen. Der Gläubiger kann nicht aus Chikane Teilleistungen abweisen (§ 226 BGB.); denn gewisse Leistungen, wie beispielsweise die teilbaren Leistungen auf ein „facere", ferner die Leistung grosser Quantitäten von Fungibilien sind häufig nur teilweise zu realisieren. Hundert Fuhren Steine können nicht auf einmal angefahren werden, ebensowenig sind tausend Zentner Kohlen auf einmal zu liefern. Eine weitere gesetzliche Ausnahme bildet die Verpflichtung des Wechselgläubigers vom Bezogenen Teilzahlungen anzunehmen und dies selbst dann, wenn das Akzept auf die ganze Summe lautet.[2] Eine Teilleistung muss ferner dann angenommen werden, wenn sie durch Aufrechnung einer Gegenforderung bewirkt wird. Weiter muss sich der Gläubiger in der Zwangsvollstreckung Teilleistungen gefallen lassen, und wie Planck[3] nachgewiesen hat, resultiert aus der Verurteilung des Schuldners zu einer Teilleistung der Schuld auch die Berechtigung zur

1) Vgl. l. 41,1 Dig. 22,1.
2) W. O. Art. 38, 39.
3) a. a. O. Abs. 6 zu § 266.

Zahlung dieses Teils. Einer vertragsmässigen Berechtigung zu Teilleistungen steht natürlich nichts im Wege, wie z. B. bei Abzahlungsgeschäften; ebenso ist der Schuldner, wenn der Gläubiger nur einen Teil der Leistung eingefordert hat, berechtigt die entsprechende Teilleistung zu bewirken.